This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Jur. is. 152 hc

Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat.
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation ;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation,
Sénateur.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen
Bâtonnier de l'Ordre des avocats

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France ; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation ; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes ; **Pellat**, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris ; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris ; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen ; **Serrigny**, doyen de la Faculté de droit de Dijon ; **Vuatrin**, professeur à la Faculté de droit de Paris ; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse ; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers ; **Mimerel**, **Mazeau**, **Christophle**, **Hérisson**, **Collet** et **E. Tambour**, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME XXXIII. — 18me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24.

1868

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE DE CUSSET ET Cᵉ, 26, RUE RACINE.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation,
Sénateur.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen
Bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Pellat**, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Serrigny**, doyen de la Faculté de droit de Dijon; **Vuatrin**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers; **Mimerel**, **Mazeau**, **Christophle**, **Hérisson**, **Collet** et **E. Tambour**, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME XXXIII. — 18me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24.

1868

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

AVIS DE LA DIRECTION.

Nous avons jusqu'à présent renvoyé au mois de novembre la livraison de septembre en la joignant à celle du mois d'octobre. Le Comité de la *Revue* a décidé qu'à l'avenir la publication, au lieu d'être retardée, serait faite par anticipation et que les livraisons de juillet et août seraient composées de neuf feuilles chacune au lieu de six. Cette modification a un double avantage; elle nous permet de hâter l'accomplissement de nos obligations envers les abonnés et, d'un autre côté, de presser la publication des travaux qui nous ont été envoyés. Le Comité exprime ici à ses collaborateurs le regret qu'il éprouve de ne pouvoir publier, aussi promptement qu'il le voudrait, les travaux qui lui ont été adressés. La décision qu'il vient de prendre est une preuve de sa bonne volonté et de la sincérité de ses regrets.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence.

Par M. Paul Collet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CIVILE.

L'extinction de l'action publique par la prescription est une des règles fondamentales de notre droit criminel. Nous n'avons pas à examiner ici comment cette règle se justifie. Faut-il y voir une application de certaines doctrines philosophiques qui affirment que le remords des coupables est, au bout

Digitized by Google

d'un certain laps de temps, une expiation suffisante? Ou bien cette règle a-t-elle pour base soit l'inutilité d'un châtiment tardif, soit la difficulté de l'instruction et la fragilité des moyens de preuve [1]? Peut-être toutes ces raisons ont-elles concouru à l'admission de cette règle que les jurisconsultes approuvent unanimement, bien qu'ils soient divisés quand il s'agit de la justifier. Ces questions de législation ont été à plusieurs reprises examinées dans la *Revue* [2], et nous ne pouvons avoir la prétention de rien ajouter aux études approfondies auxquelles elles ont donné lieu. Aussi, sans rentrer dans une discussion que nous croyons épuisée, nous devons dire que nous tenons pour exactes et décisives les raisons données par M. Ortolan, *loco citato :* « La prescription de l'action publique en droit « pénal, dit-il, n'est pas au pouvoir du législateur; elle lui « commande quoi qu'il en ait; c'est la marche inévitable du « temps qu'il n'est donné à aucune puissance de mécon- « naître, qui modifie ou fait disparaître les nécessités ou « utilités sociales, les souvenirs humains, les éléments de « preuve, et qui fait tomber des mains de la société le droit « de punir, parce qu'elle fait évanouir l'intérêt social à la pu- « nition. »

Nous admettons que ces raisons justifient pleinement le principe de la prescription de l'action publique que nous trouvons dans les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle. Mais ce n'est pas seulement à l'action publique que ces articles appliquent la prescription; ils l'appliquent aussi à l'action civile résultant d'un crime ou d'un délit. Or nous éprouvons quelque difficulté à admettre que les raisons données pour arrêter une poursuite criminelle suffisent à justifier dans tous les cas le rejet de l'action civile. Sans doute l'action civile, qui ne peut se produire devant les tribunaux de répression qu'accessoirement à l'action publique, se verra nécessairement fermer l'accès de ces tribunaux quand l'action publique sera éteinte par la prescription. Mais ce résultat est plutôt la conséquence des règles spéciales qui régissent les rapports des deux actions entre elles qu'un effet direct de la prescription sur l'action civile.

[1] Réal, *Exposé de motifs.* — Louvet, *Rapport au Corps législatif.* — Le Sellyer, t. VI, p. 173. — Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. III, p. 675.

[2] Ortolan, *Revue critique*, t. XXIV, p. 204. — Labroquère, *ibid.*

Digitized by Google

Aussi une grave difficulté s'est élevée quand il s'est agi de refuser à l'action civile l'accès des tribunaux civils eux-mêmes, sous prétexte que la prescription de l'action publique était acquise. Pour justifier ce refus de réparation civile, suffit-il de produire les raisons qui légitiment la prescription de l'action publique ! On peut en douter, et nous ne croyons pas que la controverse vivement soutenue par l'éminent professeur de la Faculté de droit de Caen, M. Bertauld [1], doive être considérée comme terminée. Si la plupart des auteurs [2] et la jurisprudence de la Cour de cassation [3] ont adopté l'opinion qui subordonne entièrement, en matière de prescription, l'action civile à l'action publique, les difficultés et les contradictions que cette opinion soulève dans la pratique nous paraissent devoir préparer un revirement nécessaire.

Est-ce en vertu de cette idée un peu chimérique de l'expiation par le remords que l'on voudrait proscrire toute action dont le but serait d'arracher au coupable la jouissance d'un bien mal acquis? Les partisans de l'extinction de l'action civile par la prescription criminelle se sont partagés sur cette conséquence extrême de leur doctrine, et un certain nombre d'auteurs admettent que l'action en revendication d'objets volés doit durer trente ans [4]. Dira-t-on que faire survivre l'action civile à l'action publique, c'est exposer l'auteur de l'infraction à tous les dangers d'une preuve difficile, que c'est permettre de faire indirectement contre lui par une poursuite civile ce que la loi défend de faire directement contre lui par une poursuitte criminelle? La jurisprudence même fournit plusieurs réponses à cet argument qui, s'il était exact, devrait conduire à décider que jamais l'action civile ne peut survivre à l'action publique; or la prescription nous offre précisément un exemple du contraire. Il peut arriver, en effet, que l'action

[1] *Leçons de législ. crim.*, p. 113.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Prescript.* — Le Graverend, t. I, p. 79. — Mangin, n° 363. — Boitard, *Inst. crim.*, 19e leçon. — Rauter, n° 853. — Rodière, n° 2310.— Faustin Hélie, n° 1113.— Morin, v° *Prescript.*, n° 8.— Sourdat, n° 375.

[3] V. notamment Req., 10 novembre 1858; D. P., 58, 1, 44, et 31 janvier 1859; D. P., 59, 1, 439.

[4] Zachariæ, Aubry et Rau, p. 445, note 21.— Duranton, t. XIII, n° 707.— Troplong, *Prescript.*, n° 2049. — Marcadé, sur l'art. 2280.

Digitized by Google

publique soit éteinte par prescription et que cependant l'action civile puisse encore être exercée; cela arrivera toutes les fois que la prescription aura été interrompue par un des modes légaux ou que le défendeur y aura renoncé, soit tacitement, soit expressément (2221-2242 et suiv., C. Nap.). On a voulu, il est vrai, faire considérer la prescription de l'action civile comme étant d'ordre public et comme non susceptible de renonciation. Mais cette théorie, consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, du 24 février 1855 [1], est aujourd'hui abandonnée. « Considérant, dit un arrêt de la chambre « des requêtes [2], que la prescription tendant à repousser l'ap- « plication d'une peine est d'ordre public; mais qu'il n'en est « pas de même de la prescription de l'action civile pour ré- « paration de crimes et délits. » Voici donc un coupable qui a cherché à réparer une faute; il a par cela même interrompu la prescription de l'action civile, et elle pourra être exercée alors que toute poursuite criminelle sera devenue impossible. Et cette interruption, que nous supposons résulter d'une renonciation volontaire, pourra résulter tout aussi bien d'un acte émanant de la victime, d'une citation en justice. Est-ce qu'alors tous les dangers et tous les inconvénients qu'on signale ne vont pas se présenter?

Mais d'ailleurs est-ce que l'application du principe de la chose jugée ne vient pas détruire cette prétendue liaison indissoluble entre les deux actions? Lorsque le juge correctionnel acquitte le prévenu, il ne peut le condamner à des dommages-intérêts envers la partie civile. C'est là un principe incontestable [3]. Par cet acquittement l'action publique est éteinte, et l'action civile, qui ne vient jamais devant le juge correctionnel que comme action accessoire, n'a plus de raison d'être [4]. Est-ce à dire que tout moyen de réparation va être refusé à la victime d'un fait qui, pour n'être pas délictueux, n'en est pas moins dommageable? Non, assurément, et les faits, dépouillés de leur criminalité, peuvent être repris à titre de quasi-délit, comme ayant occasionné un dommage qui

[1] Sirey, 55, 2, 409.

[2] 28 février 1860. — Sirey, 60, 1, 206. — V. encore Colmar, 26 février 1867. — Sirey, 67, 2, 354.

[3] V. ch. crim., 15 avril 1865; D. P., 65, 1, 248.

[4] Art. 159, 191, 212, C. inst. crim.

Digitized by Google

peut, aux termes de l'article 1382 du Code Napoléon, engendrer une responsabilité civile. Ces principes ont été nettement exposés et commentés dans le savant rapport de M. le conseiller Faustin-Hélie sur l'affaire Armand[1]. Est-ce que dans ce cas la preuve du fait deviendra plus facile et moins périlleuse parce que ce fait aura été dépouillé par l'acquittement de tout caractère délictueux ? Et quant à la considération de l'auteur du fait, croit-on qu'elle ne soit pas atteinte par la décision, qui le condamne à réparer le préjudice causé, malgré le soin que le juge a pu prendre de respecter la chose jugée ? Ah ! sans doute, les deux décisions ne sont pas inconciliables, et l'extinction de l'action publique par la chose jugée ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action qui naît d'un simple fait dommageable, rentrant dans les termes de l'article 1382 du Code Napoléon. Mais pourquoi cette distinction juridique, admise quand il s'agit de chose jugée, est-elle écartée quand il s'agit de prescription ? « L'intérêt social qui « veut que les faits punissables ne puissent plus être poursuivis « après un certain temps, ne s'étend pas aux faits simplement « dommageables[2]. » Pourquoi donc fermer l'accès du tribunal civil à la victime d'un fait dommageable qui, sans se préoccuper du caractère délictueux de ce fait, vient en demander réparation ? C'est en vertu de l'article 1382 qu'elle agit, c'est sur un quasi-délit que son action se fonde. Et cependant d'après l'opinion la plus accréditée, l'auteur du fait aura le droit de lui opposer la prescription ; il aura le droit de donner au fait la qualification pénale que le demandeur ne lui avait pas donnée, et, couvert par la prescription, il viendra se vanter du crime ou délit qu'il a commis afin de se dispenser de le réparer[3]. N'y a-t-il pas là une contradiction manifeste avec la théorie admise pour la chose jugée ?... Comment expliquer que l'action, née d'un quasi-délit, s'exerce malgré l'acquittement et qu'elle ne puisse pas s'exercer malgré la prescription de l'action publique ? Nous cherchons vainement la raison de cette différence.

Ce ne sont pas là les seules anomalies que présente cette

[1] Ch. crim., 7 mai 1864 ; D. P., 64, 1, 313.
[2] Faustin Hélie, n° 1114.
[3] *Ibid.*, *loc. cit.*

Digitized by Google

théorie, mais notre intention n'est pas d'engager ici une discussion complète sur cette question ; nous avons voulu rappeler en passant quelques raisons de douter, mais nous n'irons pas plus loin dans cette voie, et en admettant comme vraie une opinion qui a pour elle l'appui de la jurisprudence, nous essayerons seulement de démontrer qu'il ne faut pas en exagérer les conséquences ni l'appliquer à des cas qu'elle ne saurait régir.

On veut que l'action civile soit soumise à la même prescription que l'action publique, lors même qu'elle est exercée séparément devant la juridiction civile. Soit. Mais il reste à examiner quelles actions on prétend ainsi comprendre sous la dénomination générale d'*action civile*. S'agit-il seulement de l'action en réparation du dommage exercée contre l'agent lui-même? Ou bien faut-il y comprendre aussi l'action en responsabilité civile exercée contre les personnes que la loi déclare civilement responsables? La tendance de la jurisprudence est de soumettre à la prescription criminelle l'une et l'autre de ces actions. Nous examinerons ces décisions et notamment un arrêt récent de la Chambre des requêtes, du 13 mai 1868, qui repousse toute distinction entre ces deux actions au point de vue de la prescription. Les auteurs ne se sont occupés de cette question que d'une manière incidente, et nous croyons qu'il y a place pour une controverse sérieuse.

Voyons d'abord par quels arguments on veut placer sur la même ligne l'action dirigée contre l'agent et l'action dirigée contre les personnes civilement responsables. « L'obligation « de celui qui est soumis à la responsabilité d'un fait auquel il « n'a point concouru est une obligation *accessoire*, dit Toullier[1]; « elle ne peut donc durer plus que l'obligation principale. » Même décision, même argument dans Sourdat[2] et dans Chauveau-Hélie[3]. « La prescription de l'action en responsabilité « civile, dit le premier, est nécessairement la même que celle « de l'action contre l'auteur même du délit ou quasi-délit, car « celle-ci est la principale et l'autre l'*accessoire*. — Par quelle « prescription cette action est-elle éteinte ? Évidemment par « la prescription que la loi criminelle applique au crime ou

[1] T. XI, n° 292.
[2] *Responsabilité*, n° 809.
[3] *Théorie du Code pénal*, n° 299.

Digitized by Google

« au délit dans lequel elle se puise, disent les seconds ; car, « ainsi que nous l'avons déjà dit, elle ne constitue qu'une obli- « gation *accessoire*, elle ne peut donc durer plus que l'obliga- « tion principale. Cette opinion est adoptée par Dalloz[1], mais l'opinion contraire peut aussi le compter au nombre de ses adhérents[2], au moins dans le cas où l'action en responsabilité est directement portée devant le tribunal civil. Quoi qu'il en soit, nous devons retenir ce premier argument tiré de la nature accessoire de l'action en responsabilité civile.

Si maintenant nous étudions les motifs que la jurisprudence de la Cour de cassation met en avant pour justifier cette solution, voici ce que nous trouvons : nous rencontrons d'abord un arrêt de la chambre civile, du 14 mai 1853[3]. Un certain nombre d'habitants d'une commune avaient pillé un magasin de grains, puis, rentrés dans leur commune, ils avaient partagé leur butin, sans opposition de la part de l'autorité locale. Le marchand de grains avait laissé passer un long temps sans réclamer, et la prescription trentenaire allait s'accomplir, quand il assigna la commune comme civilement responsable du fait de ses habitants, aux termes de la loi du 10 vendémiaire an IV. La commune opposa la prescription et cette exception fut admise « aux termes des « articles 2, 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, « dit la chambre civile, l'action publique et l'action civile « résultant d'un crime ou d'un délit s'éteignent l'une et l'autre « par la même prescription ; cette règle générale et de droit « commun s'applique, en l'absence de dispositions spéciales « et exceptionnelles, à toute action *de quelque nature qu'elle* « *soit*, qui a pour objet la réparation du dommage causé par un « crime ou par un délit ; il n'y a point à distinguer à cet égard « entre le cas où la réparation est poursuivie directement « contre l'auteur même du fait et le cas où elle est pour- « suivie contre une personne étrangère à ce fait, mais sou- « mise par la disposition du droit commun ou par une loi « spéciale à une responsabilité civile ; il n'y a pas à distinguer « davantage entre le cas où elle peut être demandée devant

[1] *Répert.*, v° *Prescript. crim.*, n° 95, et *Responsabilité*, n° 533.
[2] *Prescript. crim.*, n° 103.
[3] D. P., 53, 1, 83.

Digitized by Google

« la justice répressive, accessoirement à l'action publique, et « le cas où elle serait de la compétence exclusive des tribu- « naux civils. Enfin l'action civile contre l'auteur du dom- « mage étant éteinte par la prescription, il ne se peut que « l'action en responsabilité lui survive, et que la personne « civilement responsable reste encore passible de l'action de « la partie lésée, tandis qu'elle se trouverait elle-même déchue « de son propre recours contre le *principal* obligé. »

Notons ici deux arguments nouveaux : le premier tiré du texte qui comprendrait sous l'expression générale d'action civile toute action en réparation du dommage causé par un crime ou par un délit ; le second, tiré de l'impossibilité où serait la personne civilement responsable d'exercer un recours utile contre l'auteur du fait dommageable, contre l'obligé principal. L'arrêtiste va même jusqu'à dire dans la note qui accompagne cet arrêt, que l'existence de ce recours est la *condition* de l'exercice de l'action contre les personnes civilement responsables.

Même solution dans un arrêt de la chambre civile rendu sur des faits identiques et par application de la loi de l'an IV, le 6 mars 1855[1]. Pour écarter toute distinction entre l'action contre l'auteur du fait et l'action contre des personnes civilement responsables, cet arrêt déclare « qu'il s'agit toujours « d'une action civile, *fondée sur une nature de faits* dont les « conséquences sont éteintes par la prescription que la loi « prononce. (Voir encore Req., 28 février 1855[2].) » Dans toutes ces affaires, il s'agissait d'une responsabilité toute spéciale, mais il est bien évident que par la généralité des règles qu'ils posaient, ces arrêts pouvaient être invoqués tout aussi bien dans les cas où la responsabilité civile du droit commun se trouvait engagée.

Le doute qui pouvait difficilement exister sur la portée des arrêts de la Cour suprême serait aujourd'hui complétement impossible en présence d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 mai 1868. Un sieur Bonnet avait été victime d'un accident dans les mines de la compagnie de la Grand'Combe, où il travaillait comme ouvrier. La compagnie lui avait fourni

[1] D. P., 55, 1, 84.
[2] D. P., 55, 1, 343.

Digitized by Google

pendant quelque temps des secours, et trois ans s'étaient ainsi écoulés sans que l'ouvrier saisît la juridiction civile. Enfin il assigna un sieur Bernoyer, contre-maître, à l'imprudence duquel il attribuait l'accident, puis la compagnie comme civilement responsable. On lui opposa la prescription. Vainement chercha-t-il à soutenir subsidiairement que la compagnie avait reconnu son obligation en lui fournissant des secours. Sa demande fut repoussée par un arrêt de Nîmes, du 24 août 1865, et son pourvoi fut rejeté par la décision de la Chambre des requêtes que nous reproduisons.

« Attendu, dit la Cour, que, selon les art. 319 et 320 du « Code pénal, les blessures involontairement causées par « maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inob- « servation des règlements constituent un délit punissable de « six jours à deux mois de prison ; que tel était, d'après l'as- « signation même, le caractère du fait reproché par Bonnet à « Bernoyer, des faits duquel la compagnie de la Grand'Combe « était responsable ; — Attendu que ce fait avait eu lieu « depuis plus de trois ans sans aucune poursuite, quand le « demandeur en cassation a jugé à propos d'assigner les dé- « fendeurs éventuels en responsabilité civile devant le tribu- « nal civil d'Alais ; — Que c'est à bon droit que cette action « a été déclarée prescrite, conformément aux articles 2 et 638 « du Code d'instruction criminelle ; — Attendu que ces arti- « cles n'autorisent aucune distinction entre l'action directe- « ment intentée contre l'auteur du délit d'imprudence et « l'action dirigée contre la personne civilement responsable « de ce délit ; que les deux actions sont liées l'une à l'autre, « et qu'il n'est plus possible de rechercher celui qui est civi- « lement responsable du fait délictueux, quand lui-même ne « peut plus exercer de recours contre l'auteur de ce fait. »

Si cette jurisprudence devait s'établir, il est certain qu'il faudrait désormais considérer comme identiques l'action civile dirigée contre l'auteur du délit et l'action civile dirigée contre les personnes civilement responsables. Or nous allons essayer de démontrer en réfutant les arguments de l'opinion adverse, que ces deux actions diffèrent complétement quant à leur origine, qu'aucune d'elles n'est subordonnée à l'autre, et que l'une n'est pas l'accessoire de l'autre.

L'action civile que visent les articles 637 et 638 du Code d'in-

Digitized by Google

struction criminelle est, ainsi que le porte leur texte, l'action *résultant* d'un crime ou d'un délit; la base fondamentale de cette action est donc un fait qualifié et puni par la loi pénale. C'est parce que l'agent m'a atteint dans ma personne ou dans mes biens qu'il est obligé de réparer le tort qu'il m'a causé. L'engagement *naît du délit*, comme le porte l'article 1370 du Code Napoléon. En est-il de même de l'action dirigée contre la personne civilement responsable? Cette responsabilité civile naît-elle du délit? Nous le nions de la façon la plus formelle, et nous ajoutons qu'ainsi expliquée la responsabilité civile ne se comprendrait pas. Elle serait la négation d'un des principes essentiels de notre droit criminel, le principe de la personnalité des faits délictueux. Comment admettre que la *cause* de l'obligation du maître soit le délit de son ouvrier, et que son obligation *naisse* d'un fait qu'il n'a pas commis? Les auteurs ne s'y sont pas trompés, et nous allons voir, chose singulière, que ceux-là mêmes qui confondent dans l'application l'action contre l'agent et l'action contre le civilement responsable, les distinguer soigneusement quant à leur nature et quant à leur origine. « La responsabilité ne dérive point, dans ce cas, « *du fait d'autrui*, disent MM. Chauveau et Hélie [1], mais bien « de notre propre fait, c'est-à-dire *de l'infraction du devoir* de « surveillance qui nous était imposé. La responsabilité prend « sa source dans une cause qui nous est personnelle, dans « notre négligence à remplir une obligation. » — Écoutons Marcadé [2] : « Les cas dans lesquels l'article 1384 et les deux « articles suivants imposent à une personne la responsabilité « du dommage causé, soit par d'autres personnes dépendant « d'elles, soit par des animaux ou des choses lui appartenant « ou confiées à sa garde, *sont des cas de quasi-délit*, car cette « responsabilité repose sur la présomption que l'obligé, qui « était tenu de surveiller les personnes, les animaux ou les « choses, de manière à les empêcher de nuire à autrui, ou de « n'employer que des personnes incapables de nuire, a *fau-* « *tivement omis de le faire* [3]. »

Voilà la véritable cause de la responsabilité civile; voilà la

[1] *Théorie du Code pénal*, n° 286.
[2] Sur 1384.
[3] V. encore Zachariæ, Aubry et Rau, p. 446.

Digitized by Google

véritable cause de l'obligation imposée à certaines personnes, limitativement désignées, de réparer les conséquences des faits d'autrui. Que ces faits soient des crimes, des délits ou même des quasi-délits, cela ne change pas la nature de l'obligation ; l'engagement ne *naît* pas de ces faits, mais ils viennent donner occasion d'appliquer l'engagement et de s'en prévaloir. Comment donc a-t-on pu, par une confusion évidente entre l'origine des deux actions, dire qu'il s'agit toujours d'une action civile fondée *sur une nature de faits* dont les conséquences sont éteintes par la prescription criminelle? C'est là une erreur manifeste. La nature des faits sur lesquels l'action en responsabilité civile se fonde n'admet pas la prescription criminelle, car elle a pour but un quasi-délit personnel, et toute action née d'un quasi-délit ne se prescrit que par trente ans.

Nous pourrions nous borner à opposer cette réponse, tirée de l'origine de l'action en responsabilité, à ceux qui veulent absolument en faire l'accessoire de l'action dirigée contre l'auteur du fait; mais nous pouvons, sur ce point, invoquer la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même. Il s'agissait de savoir si une compagnie de chemin de fer peut être déclarée civilement responsable du fait de ses préposés, alors que ceux-ci ne sont pas en cause. Si l'action en responsabilité civile était simplement *accessoire*, il est clair qu'elle ne pourrait se produire seule et en dehors de toute action contre l'auteur. Or voici ce que déclare la chambre des requêtes dans un arrêt du 19 février 1866 [1] : « Attendu que l'action en responsabilité formée « *en vertu de l'article* 1384 du Code Napoléon devant la juridic- « tion civile constitue une *action principale dont le sort n'est* « *pas subordonné* à celui de l'action dirigée en même temps « contre la personne signalée comme ayant été l'agent direct « du dommage; que le rejet de cette dernière action n'en- « traîne pas nécessairement celui de la première. » Rien de plus formel que cette déclaration. Aucune des deux actions n'est l'accessoire de l'autre, elles ont chacune leur origine distincte, leur cause spéciale, chacune d'elles est principale. Cette qualification d'action accessoire n'est exacte que si l'on se place au point de vue spécial de la compétence criminelle, et si les auteurs avaient voulu dire que l'action en responsa-

[1] D. P., 66, 1. 420.

Digitized by Google

bilité civile ne peut se présenter devant le tribunal de répression qu'accessoirement à l'action publique, ils auraient exprimé une vérité incontestable. Ils auraient pu montrer également que, par ce côté du moins, la prescription criminelle doit atteindre l'action en responsabilité civile; cela eût été encore rigoureusement exact, puisque l'action publique étant éteinte l'action en responsabilité ne peut plus se présenter devant le juge de répression [1]. Mais ce n'est pas ce résultat, qui tient à des règles de procédure spéciale, que les auteurs ont eu en vue. Ils ont considéré l'action en responsabilité civile, non pas comme l'accessoire de l'action publique, mais comme l'accessoire de l'action civile contre l'agent, *obligé principal*, comme le dit la chambre civile dans son arrêt de 1855. Or, sous ce rapport, la qualification nous paraît fausse de tous points, et nous l'écartons d'une façon absolue.

Mais, dit-on encore, comment admettre « qu'il soit possible « de rechercher celui qui est civilement responsable du fait déli- « ctueux, quand lui-même *ne peut plus exèrcer de recours* contre « l'auteur de ce fait? » L'objection, fût-elle fondée en droit ne nous arrêterait pas, car nous ne savons comment on justifie cette condition que l'on veut imposer à l'exercice de l'action civile. La personne civilement responsable ne nous paraîtrait pas plus fondée à se prévaloir de cette exception qu'à invoquer le bénéfice de discussion [2]. Et d'ailleurs est-ce qu'il ne peut pas se présenter des cas où le fait peut être imputé à une certaine catégorie de préposés sans que la personnalité de l'auteur soit complétement établie? Est-ce qu'alors on ira refuser l'action en responsabilité civile, parce que le recours sera impossible? La jurisprudence ne l'a pas ainsi décidé, et nous opposerons encore ici l'arrêt précité de la chambre des requêtes, du 19 février 1866, rendu dans une affaire où l'agent était resté inconnu [3]. Mais il y a plus, et on peut se demander comment le recours de la personne civilement responsable se trouverait éteint par prescription. « C'est, « dit un arrêt de Bourges, du « 27 mars 1852 [4], parce que l'auteur est en droit d'invoquer cette

[1] Ch. crim., 29 avril 1843; Sirey, 43, 1, 923.

[2] Pothier, *Obligat.*, n° 453.

[3] V. aussi Grenoble, 13 mars 1834; Dalloz, *Répert.*, v° *Responsabilité*, n° 642.

[4] D. P., 57, 1, 164.

Digitized by Google

« prescription contre toute action en responsabilité civile, *née* « *de son délit.* » Nous contestons cette théorie, parce qu'encore une fois il nous semble impossible d'admettre que le maître qui exerce contre son préposé une action récursoire exerce une action *née du délit* de celui-ci. Le demandeur n'est pas la victime du délit, et ce délit n'a créé aucun lien entre l'agent et la personne civilement responsable. La cause de l'action récursoire ne naît que des rapports qui existent entre l'auteur du délit et celui qui est civilement responsable. Ces rapports, qui créent la responsabilité civile, créent aussi la garantie ayant pour sanction l'action récursoire. Nous ne croyons pas que la prescription criminelle soit applicable à celle-ci.

Ce n'est donc pas encore dans cette nécessité d'un recours que nous trouverons la justification de la théorie qui soumet à la prescription criminelle l'action en responsabilité exercée devant la juridiction civile. Cette théorie n'est fondée que sur une appréciation erronée de l'origine et de la nature de l'action. On veut voir l'origine de l'obligation dans le fait dommageable qui n'est que l'occasion d'en poursuivre l'exécution, et, par une conséquence nécessaire, quand ce fait est qualifié par la loi pénale, on dit que l'obligation naît d'un crime ou d'un délit. Cette erreur que nous combattons est analogue à celle que l'on commettrait si l'on voulait voir l'origine de l'obligation du vendeur de garantir l'acheteur contre tous troubles ou évictions, non pas dans le contrat de vente, mais dans le fait de trouble ou d'éviction lui-même. Et de même que cette obligation de garantie naît du contrat, de même l'obligation des personnes énumérées dans l'article 1384 naît d'un quasi-délit. Manquent-elles au devoir de surveillance qui leur est imposé sur certaines personnes; et elles sont *présumées* y manquer par cela seul qu'un fait dommageable se produit, immédiatement elles sont obligées de réparer le préjudice. Elles y sont obligées parce que le délit, quel que soit la nature du fait qui a échappé à leur surveillance, crime, délit ou quasi-délit, ce fait n'est que l'occasion de faire exécuter une obligation préexistante; il ne donne pas naissance à cette obligation. Mais alors, nous le répétons, en vertu de quelle règle soumettre à une prescription criminelle une action qui ne peut avoir d'autre base qu'un quasi-délit? La règle qui pouvait être applicable à l'action civile exercée contre l'agent, parce que cette action naît bien réellement d'un délit

Digitized by Google

ou d'un crime, ne peut être étendue à l'action en responsabilité civile qui a une origine toute différente.

La chambre civile qui, dans les arrêts précités, affirme que les deux actions ont une origine commune, déclare en même temps qu'elles ont un but commun et que ce but est la *réparation du dommage*. Or la loi, pourrait-on dire, soumet indistinctement à la prescription criminelle toute action civile ayant pour objet la réparation du dommage (art. 2 inst. cr.), et la preuve que le législateur a bien compris sous la dénomination d'action civile l'action contre des personnes civilement responsables, c'est que l'article 3, qui permet de poursuivre l'action civile devant les mêmes juges que l'action publique, est appliqué sans contestation à l'action en responsabilité civile. Comment admettre que l'action civile de l'article 3 soit d'une autre nature que l'action civile de l'article 2 qui doit *s'éteindre par prescription, ainsi qu'il est réglé* par les articles 635 à 643[1] ?

Cette objection de texte n'aurait de valeur sérieuse que si l'on pouvait l'appuyer sur quelques arguments rationnels. Mais si nous considérons comme peu justifiée l'application à l'action civile contre l'agent, des motifs qui justifient la prescription de l'action publique, combien, à plus forte raison, ces motifs doivent-ils paraître insuffisants quand il s'agit de l'action en responsabilité civile ! Pour celle-ci, en effet, il faut écarter sans hésitation tous les arguments empruntés soit à la difficulté de la preuve, soit aux dangers d'une poursuite tardive. La difficulté de la preuve; elle est la même pour tous les faits qui donnent ouverture à l'action en responsabilité civile, et ne se trouve nullement augmentée par cela seul que le fait dommageable tombe sous le coup de la loi pénale. Les dangers d'une poursuite tardive; mais il n'en est plus question ici, puisque l'agent peut être hors de cause, et que le fait n'est considéré qu'au point de vue du préjudice qu'il a pu causer, et nullement au point de vue de la peine qu'il pouvait faire encourir à son auteur. Parlera-t-on de l'intérêt social qui peut être de laisser dans l'ombre un fait délictueux dont la punition n'est plus possible? Mais encore une fois, entre la victime et la personne civilement responsable, il n'est pas question du fait délictueux, mais seulement de fait dommageable; la qualification pénale du fait est sans influence sur

[1] Sourdat, *Responsabilité*, n° 809.

Digitized by Google

le sort du débat qui s'engage entre eux ; c'est la réalité et l'étendue du préjudice qui, seules, sont à considérer. S'il en est ainsi, peut-on croire que le législateur ait voulu dire ce que le texte pris isolément, et abstraction faite de toute comparaison, peut paraître lui faire dire? Non assurément; aussi croyons-nous que cet argument de texte peut être combattu par le texte lui-même. Que dit l'article 2? Il déclare que l'action publique et l'action civile s'éteignent par la prescription réglée par les articles 637 et suivants du Code d'instruction criminelle. Or ces articles parlent bien de l'action civile, mais de l'action civile *résultant* d'un crime ou d'un délit. Est-ce que l'action en responsabilité civile *résulte* du crime ou du délit à l'occasion duquel elle s'exerce? Nous avons démontré le contraire. L'action en responsabilité civile résulte toujours du quasi-délit de la personne civilement responsable, qui a manqué au devoir de surveillance qui lui était imposé.

L'opinion que nous combattons se recommande-t-elle du moins par la simplicité des solutions et par la logique des déductions? Personne ne pourra le soutenir, et nous allons montrer qu'elle ne peut donner lieu qu'aux plus étranges anomalies. Pour faire cette démonstration, nous prendrons pour exemple le cas spécial sur lequel est intervenu l'arrêt de la chambre des requêtes du 13 mai 1868. Lorsque le sieur Bonnet, plus de trois ans après l'accident, assigne en responsabilité la compagnie des mines de la Grand'Combe, on lui répond que son action se fonde sur un délit, le délit de blessure par imprudence (art. 320 C. pén.) et qu'en conséquence elle doit être écartée par la prescription de trois ans.

Or supposons que le sieur Bonnet, avant d'intenter une action purement civile, ait cité en police correctionnelle le sieur Bernoyer, le contre-maître dont l'imprudence avait selon lui déterminé l'accident. Supposons encore que sur cette poursuite le tribunal de police correctionnelle ait prononcé l'acquittement du prévenu. Est-ce que, par cet acquittement, toute action en réparation aurait été fermée au sieur Bonnet? « Il semble au premier coup d'œil, comme le dit fort bien « Marcadé, sur l'article 1351, qu'après l'acquittement pro- « noncé en pareil cas, il ne saurait y avoir lieu à condamna- « tion civile en dommages-intérêts; car le délit criminel « existant par cela seul qu'il y a eu négligence ou imprudence, « la déclaration de non-culpabilité signifie que cette impru-

Digitized by Google

« dence ou négligence n'existe pas, et on ne voit pas tout « d'abord comment une condamnation civile pourrait ad- « mettre ensuite l'imprudence sans contredire la première « décision[1]. »

Mais le même auteur se charge de la réponse et la donne péremptoire. « Il n'y a pas contradiction, dit-il, entre le ju- « gement qui nie l'imprudence constituant le délit criminel et « le jugement qui affirme l'imprudence constituant le simple « quasi-délit de l'article 1382[2].» Et cette théorie a été consacrée par un arrêt de la chambre civile du 9 juillet 1866. Un sieur Chapuis fils, mineur, avait été victime d'un accident dans la gare d'Alais. Il avait assigné le sieur Besset, chef d'équipe, devant le tribunal correctionnel qui avait relaxé le prévenu. Le sieur Chapuis père assigne alors la compagnie du chemin de fer de Lyon. Elle oppose la prescription qui est écartée par les motifs suivants : « Attendu que la demande en réparation « civile de Chapuis père, contre la compagnie des chemins « de fer de Lyon, est motivée sur un accident dont son fils, « ouvrier manœuvre de ladite compagnie, avait été victime « dans la gare des marchandises et sur la voie d'Alais, en ac- « complissant, sous la direction et sous les yeux du chef d'é- « quipe, un ordre de celui-ci; attendu que cette action ainsi « formulée devant la juridiction civile *n'avait rien qui impli- « quât nécessairement contradiction* avec ce qui, sur la pour- « suite du ministère public contre Besset, avait été décidé « par la juridiction criminelle, et qui portât atteinte à l'au- « torité de la chose jugée par sa décision[3]. »

Ainsi, dans l'hypothèse que nous avons posée, le sieur Bonnet aurait conservé, malgré l'acquittement de l'auteur principal, une action en responsabilité civile contre la compagnie de la Grand'Combe. Il aurait conservé cette action, parce qu'elle aurait eu pour base, non pas le fait délictueux de blessures par imprudence, mais le fait dommageable auquel se réfère l'article 1382. Mais alors pourquoi cette action civile, qui n'implique pas contradiction nécessaire avec la chose jugée par l'acquittement, et qui survit à l'extinction de l'action

[1] V. Orléans, 16 mai 1851; D. P., 51, 2, 65.

[2] V. aussi *Revue critique*, t. I, p. 658; Ortolan, *Revue critique*, t. XVII, p. 392, et Mangin, *Act. pub.*, t. II, n° 430.

[3] D. P., 66, 1, 334. — V. anal. ch. civ., 10 décembre 1866; D. P., 66, 1, 447.

Digitized by Google

publique, ne peut-elle pas se produire quand l'action publique est éteinte, non pas par la chose jugée, mais par la prescription? Si elle a pour objet, non pas la réparation d'un fait délictueux, mais la réparation d'un quasi-délit, pourquoi lui fermer l'accès de la juridiction civile en vertu d'une prescription qui ne s'applique qu'aux actions résultant de faits délictueux? Est-il possible d'admettre, sans une contradiction évidente, que l'action civile, qui serait restée ouverte au sieur Bonnet après l'extinction de l'action publique par la chose jugée, lui soit fermée parce que l'action publique est éteinte par la prescription? Dans le premier cas il aurait écarté la chose jugée en disant : « Ce n'est pas l'imprudence ou la maladresse, « *faits délictueux*, que j'invoque; je poursuis la réparation « civile d'un fait dommageable, *quasi-délit*. Pourquoi donc ne veut-on pas l'admettre à faire la même réponse dans le second cas pour écarter la prescription?

Il y a là une anomalie évidente qu'il nous paraît impossible d'expliquer. Cette anomalie démontre le vice du système qui, en recherchant quelle est la prescription applicable à l'action en responsabilité civile, se décide d'après la nature des faits à l'occasion desquels cette action a été mise en jeu.

Cette action doit être, quant à la prescription, soumise à des règles invariables, parce qu'en réalité elle repose sur une base fixe et immuable. Elle a pour origine, non pas chacun des faits différents qui se présentent tantôt avec un caractère délictueux, tantôt avec un caractère de simple dommage; elle a pour origine le quasi-délit résultant d'un défaut présumé de surveillance. Détruisez cette présomption par la preuve contraire, possible dans certains cas (art. 1384, C. Nap.), et vous ne trouverez plus l'obligation de la personne civilement responsable quelle que soit la nature du fait poursuivi. Ce n'est donc bien en réalité qu'une action purement civile, qui doit rester soumise aux règles ordinaires de la prescription civile. Si pour se produire devant le juge de répression, elle doit suivre l'action publique, elle demeure action principale et indépendante devant la juridiction civile. Aussi la jurisprudence nous paraît-elle singulièrement méconnaître le caractère de cette action quand elle veut lui appliquer les règles spéciales de la prescription criminelle, et nous croyons qu'elle n'est destinée qu'à rencontrer des difficultés et des contradictions en dehors de cette

Digitized by Google

règle simple que nous formulerons en ces termes : « L'action « en responsabilité civile n'est jamais soumise, devant les tri- « bunaux civils, qu'à la prescription de trente ans. »

PAUL COLLET.

DE LA RESPONSABILITÉ DES SOUSCRIPTEURS ET DE LEURS CESSIONNAIRES

DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Par M. Ch. BEUDANT, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

1) Les sociétés par actions ne peuvent être constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social, et le versement par chaque actionnaire du quart au moins des actions par lui souscrites (Loi du 24 juillet 1867, art. 1, n° 2); les actions ne sont négociables qu'après ce premier versement (id., art. 2). De la sorte, le versement du premier quart est nécessairement opéré par le souscripteur lui-même; à qui incombe ou peut incomber l'obligation de verser les trois quarts restant dus?

Sur cette importante question, trois systèmes déjà ont tour à tour été suivis : l'un, établi par la pratique, sous l'empire du Code de 1807; le second, introduit par la loi du 17 juillet 1856; le troisième, consacré par l'article 3 de la loi du 24 juillet, un des plus importants et à coup sûr le plus confus et le plus incomplet qu'elle contienne : il ne résout aucune des questions signalées auparavant; il fait surgir de nouvelles et inextricables difficultés. Pour dégager les éléments constitutifs de ce troisième système, il importe de rappeler les règles précédemment suivies.

2) A ne consulter que les principes du droit commun, le dernier cessionnaire, le détenteur actuel, est assurément tenu des versements à faire; il en est tenu personnellement, c'est-à-dire sur tous ses biens, c'est même lui qui est le débiteur principal. La cession confère au cessionnaire tous les droits du cédant, elle le soumet en même temps à toutes ses obligations; il a droit désormais aux bénéfices, il est dès lors tenu des charges. Si l'action est nominative, il sera facile de le rouver et de le contraindre au payement; si elle est au por-

Digitized by Google

teur, ce qui n'est plus possible aujourd'hui qu'exceptionnellement puisque les actions restent nominatives jusqu'à leur entière libération, et que le porteur ne se fasse pas connaître, la poursuite donnera lieu à des voies d'exécution que prévoient habituellement les statuts. Il y sera stipulé, par exemple, que, en cas de retard dans les versements, le titre sera, après avertissement par la voie de la presse, vendu à la Bourse, aux frais et risques de qui de droit, et que le produit en sera appliqué, jusqu'à due concurrence, à l'acquittement des payements arriérés. Il pourra même être stipulé que, faute de versement aux époques fixées, l'actionnaire sera déchu de ses droits, sauf restitution des sommes versées, ou même avec attribution de ces sommes à la société à titre de dommages-intérêts. Ce serait là une clause pénale fort dure, mais valable. Bien entendu, la société pourrait toujours poursuivre l'exécution de l'obligation principale (art. 1228 C. Nap.); la clause pénale est une garantie pour la société : elle n'est pas, la loi nouvelle, comme d'ailleurs les lois des 17 juillet 1856 et 23 mai 1863, interdit qu'elle puisse être pour l'actionnaire un dédit, c'est-à-dire un moyen de se libérer.

Si l'entreprise prospère, le détenteur actuel de l'action répondra aux appels de fonds et complétera sa mise; s'il s'abstient, le titre vaudra bien le montant des versements à opérer : la société rentrera facilement dans ce qui lui est dû. Si l'entreprise périclite, à plus forte raison si la société est en liquidation, la vente du titre ne couvrira probablement pas le déficit; la société peut-elle alors agir contre le souscripteur, dont le nom est toujours connu?

A ne consulter encore que les principes du droit commun, le souscripteur doit être regardé comme toujours obligé, soit à l'égard de la société, soit à l'égard des tiers. La souscription a été un contrat entre lui et la société : il s'est engagé à verser le montant intégral des actions par lui souscrites; or quiconque s'oblige est tenu, pour la totalité, des engagements contractés. Le souscripteur n'est pas seulement garant du payement des actions, comme la caution l'est du payement de la dette, il en est débiteur direct. La circonstance qu'il a cédé son titre ne change pas la portée de l'engagement qu'il a pris; il est obligé, avec le cessionnaire détenteur, au payement du montant ou du complément de l'action, sauf règle-

Digitized by Google

ment entre eux conformément aux conventions qu'ils auront faites [1].

3) Cependant, tant l'intérêt est ingénieux à découvrir les combinaisons qui le servent, on s'avisa qu'il serait plus conforme aux principes qui régissent les sociétés par actions, sociétés de capitaux, non de personnes, de regarder la responsabilité comme n'atteignant que le possesseur actuel. N'est-ce pas ce qu'admet l'article 1861 du Code Napoléon? Quand un associé, du consentement de ses coassociés, cède sa part, le cessionnaire entre dans la société et y remplace le cédant; or, en divisant son capital en actions, la société autorise à l'avance toutes les cessions : le souscripteur, en cédant, cesse donc d'être actionnaire, il cesse en même temps d'être responsable.

Faisant un pas de plus dans cette voie, on en vint à soutenir que l'action seule est débitrice, et qu'aucune responsabilité personnelle ne garantit les versements. A défaut de payement aux époques fixées, on exécutera l'action, c'est-à-dire qu'on la vendra à la Bourse sur celui qui est porteur pour le moment; le prix obtenu servira à la libérer des versements en retard, le surplus, s'il y en a un, sera remis au porteur dépossédé. Mais ni le souscripteur, ni le porteur ne sont tenus personnellement, c'est-à-dire sur leurs propres biens. N'est-ce pas par application de cette idée que la loi du 15 juillet 1845, article 8 n° 2, et après elle les diverses lois portant concession de lignes de chemins de fer, limitent formellement l'obligation des souscripteurs, en cas de cession, au payement des cinq dixièmes de l'action [2]?

4) Tel resta l'état de la question sous l'empire du Code de commerce de 1807. Afin de parer à toute éventualité, d'éviter les inconvénients inhérents à une législation incertaine et à une jurisprudence mal fixée, l'usage se généralisa de limiter formellement, dans les statuts, la responsabilité personnelle des souscripteurs en cas de cession, et à plus forte raison celle

[1] Dans ce sens : Lyon, 9 avril 1856; D. P., 56, 2, 198; comp. Troplong, *Sociétés*, l. 1, n°s 177 et s.; Delangle, *Sociétés commerciales*, l. 2, n° 450; Molinier, *Traité de droit commercial*, n° 417.

[2] Dans ce sens : Paris, 22 mai 1852; Sirey, 1852, 2, 577; comp. Pardessus, n° 1063; Malpeyre et Jourdain, *Sociétés*, p. 201, n°s 320 et s.; Bravard, *Sociétés en commandite*, p. 23.

Digitized by Google

des cessionnaires ultérieurs, à une portion de l'action, le surplus n'étant garanti que par l'action elle-même. Malgré quelques protestations, on admettait généralement la validité de la clause.

5) Cette faculté de pouvoir se soustraire, par l'aliénation des titres, à l'engagement résultant de la souscription, est, quoiqu'on puisse dire, contraire à tous les principes; dans la plupart des cas, elle sert merveilleusement les desseins de la spéculation équivoque.

En effet, le capital n'est pas vraiment souscrit quand les souscripteurs, sans conserver aucune responsabilité, peuvent se retirer de l'entreprise après un payement partiel. Quelle va être la position des gérants ou administrateurs, ne sachant jamais quel est le capital réel, ni, au moment d'une crise, sur quels moyens d'action ils peuvent compter? Si la société prospère, les souscripteurs et porteurs répondront aux appels de fonds; dès qu'elle périclitera, ils cèderont leurs titres au plus vite, au besoin à un homme de paille, se résignant à une perte certaine pour échapper à une responsabilité plus étendue, c'est-à-dire, que le capital échappera à la société dans le cas précisément où elle a le plus besoin de toutes ses ressources; viennent les orages, il s'évanouira, emportant avec l'entreprise la garantie des tiers et des créanciers! Il n'y a de réellement assuré que le premier versement. De pareilles éventualités ne sont-elles pas destructives de tout crédit, de toute sécurité? Une fois qu'on s'est engagé dans une affaire, on doit y rester; il ne faut pas que ceux qui la dirigent soient à la merci de la première panique. Et puis à quoi sert, dans ce système, de porter le montant du capital à la connaissance des tiers, n'est-ce pas afficher un capital fictif? Les tiers croient avoir affaire à une société au capital de 20 millions de francs, ils ne trouvent en réalité que le versement qui aura précédé la constitution!

Il n'y a rien à conclure des lois relatives aux compagnies de chemins de fer; leur situation exceptionnelle peut expliquer l'octroi d'un privilége : elles exploitent une concession faite à des conditions déterminées, sous une surveillance exercée par l'État; elles possèdent des valeurs immobilières et un matériel considérables qui garantissent les droits des tiers. En 1845 d'ailleurs, on était en présence de grandes entre-

Digitized by Google

prises, de travaux à long terme qui paraissaient alors téméraires; pour attirer les capitaux hardis, on leur réserva la faculté de pouvoir sortir de la société. Il n'y a aucune raison pour qu'il en soit de même dans les sociétés ordinaires ; elles n'opèrent le plus souvent que sur des valeurs mobilières : laissez disparaître le capital numéraire, il ne restera rien.

Et puis quelle admirable combinaison pour ceux qui pratiquent la maxime célèbre : les affaires c'est l'argent des autres. On monte une entreprise telle quelle, n'exigeant au début qu'un versement partiel insignifiant ; on chauffe les cours par un de ces procédés dont les habiles du métier ont le secret; puis on profite de la hausse pour réaliser la prime provoquée par l'agiotage, et l'on disparaît. L'actionnaire joue ici à coup sûr : assistant aux délibérations de la société et aux actes de sa vie quotidienne, entrevoyant la ruine alors que le public ne l'aperçoit pas encore, il se retire toujours à temps, laissant les imprudents, auxquels il a passé ses titres, se débrouiller comme ils peuvent.

6) La loi du 17 juillet 1856 vint réagir contre une pratique dont l'expérience avait surabondamment montré les dangers; non-seulement elle condamne la thèse qui la regardait comme découlant de la nature de l'action, mais elle prohibe toute stipulation qui tendrait à l'introduire dans les statuts. L'article 3 porte, en effet : « Les souscripteurs d'actions, dans les sociétés en commandite, sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total des actions par eux souscrites » ; et, afin de rendre cette responsabilité sérieuse, en assurant la recherche des souscripteurs, l'article 2 décide que les actions resteront nominatives jusqu'à leur entière libération. Les mêmes règles furent étendues par la loi du 23 mai 1863 aux sociétés à responsabilité limitée (art. 3, n°s 3 et 5).

La souscription engendre ainsi une obligation personnelle, qui ne s'éteint que par le payement; la cession de l'action, avant le payement intégral de la mise, ne libère pas le souscripteur, il reste débiteur envers la société, et sera poursuivi personnellement à défaut de payement à l'échéance par le détenteur, quelque stipulation qu'il fasse avec son cessionnaire, quelques réserve que contiennent les statuts. Quand on s'engage pour une action de 500 francs, on doit 500 francs. C'est le vieux et éternel principe du respect dû à la foi promise;

Digitized by Google

il assure seul à la société des actionnaires sérieux, vraiment intéressés à sa destinée : la perspective de la responsabilité écartera ceux qu'eût attirés la seule perspective de la prime; il assure seul aux tiers le capital annoncé : la souscription du capital implique désormais engagement sérieux de le verser.

7) La responsabilité des versements ultérieurs, qui continue ainsi de peser sur le souscripteur, malgré la cession, et nonobstant toute stipulation contraire, atteignait-elle aussi, dans le système de la loi de 1856, les cessionnaires successifs? On comprend l'intérêt que peut avoir cette question pour la société, quand elle se trouve en présence d'un détenteur ruiné et d'un souscripteur insolvable. La loi de 1856 ne la résout pas, quoiqu'elle eût été déjà posée et examinée sous le Code de 1807. M. Troplong, qui soutenait déjà énergiquement que la cession ne peut dégager le souscripteur, lié par un engagement personnel, regardait, au contraire, les cessionnaires ultérieurs comme n'étant responsables qu'en qualité de détenteurs, comme étant dès lors affranchis de toute responsabilité après la cession[1]. Et, en effet, qui oserait acheter une action non libérée, si le fait d'en avoir été détenteur, ne fût-ce qu'un instant, exposait à rester garant des versements non effectués? D'autre part cependant, la négociation de l'action est une véritable cession; le cessionnaire devient associé avec les avantages et les charges qui découlent de cette qualité, il est substitué au souscripteur dont il prend la place : pourquoi ne serait-il pas tenu comme lui? Dans le silence de la loi, la question resta discutée; cependant l'opinion que M. Troplong avait soutenue sous l'empire du Code de commerce prévalut dans la pratique: « La société, disait à ce propos M. Bravard, ne connaît que le souscripteur, c'est la foi de celui-là, de celui-là seul, qu'elle a suivi; elle ne se préoccupe nullement de ses cessionnaires, elle ne contracte pas avec eux, on ne leur impose aucune responsabilité personnelle[2]. » Quelques auteurs, tout en posant en principe la responsabilité des cessionnaires intermédiaires, admettaient, comme moyen terme, malgré l'article 3, la validité

[1] *Sociétés*, n° 177.

[2] *Sociétés en commandite*, p. 26. Dans ce sens, cass., 19 août 1863; Sirey, 63, 1, 461.

Digitized by Google

de la clause qui les aurait déclarés non-responsables en cas de cession [1].

8) De ce système, très-conforme aux principes, résulta, pour les sociétés par actions, une gêne considérable. Sans doute, quiconque s'oblige est tenu, pour la totalité, de l'engagement qu'il contracte; sans doute encore, si, dans une société, chaque associé n'est obligé, d'une manière stricte, qu'au payement d'une fraction des actions qu'il souscrit, le capital social peut se trouver inopinément réduit à une fraction de son chiffre nominal; mais, en thèse générale, les parties ne peuvent-elles pas, par leur volonté formellement exprimée, étendre ou restreindre les effets de leurs engagements? Ceux qui traitent dans ces conditions, connaissent la réserve énoncée dans le contrat, ils sont tenus d'en subir les conséquences : comment se plaindraient-ils d'une stipulation librement acceptée, sans laquelle la convention ne se serait pas formée?

Or, la clause qui réserve aux souscripteurs de n'être tenus, en cas de cession, que jusqu'à concurrence d'une partie de l'action, se présente souvent comme légitime et nécessaire. Il y a des sociétés qui, avant de percevoir aucun bénéfice, sont obligées de réaliser tout leur capital et de l'employer à des travaux préparatoires : telles sont celles qui ont pour objet des usines, des services de transport; il en est d'autres dans lesquelles le capital souscrit, sans servir au fonctionnement de la compagnie, forme seulement un capital de réserve en prévision de sinistres imprévus et pour y parer : telles sont les sociétés de crédit, les sociétés d'assurance. Dans ces dernières, le capital n'est pas appelé en entier, il ne l'est que dans des cas exceptionnels, peut-être ne le sera-t-il jamais. Ainsi l'Union, la Nationale, l'Urbaine, sur des actions de 5,000 fr., le Soleil, sur des actions de 6,000 fr., n'ont encore appelé que de faibles versements, ou même aucun, sauf un simple dépôt en garantie dont le produit appartient directement à l'actionnaire [2]. Ces sociétés sont prospères; elles donnent des dividendes de 30 à 60 p. 100; quelques-uns durent depuis cinquante ans. Dans de telles conditions, imposer aux souscripteurs et aux cessionnaires successifs, malgré la cession,

[1] Vavasseur, *Des sociétés en commandite*, p. 44, 48.
[2] Courtois, *Manuel des fonds publics*, 5e édit., p. 350 et s.

Digitized by Google

la responsabilité indéfinie et personnelle des versements qui restent à faire, c'est immobiliser entre leurs mains des capitaux dont il peut être opportun pour eux de faire emploi ailleurs; c'est exposer à être recherchés des actionnaires étrangers à la société depuis de longues années. Telles circonstances obligent un père de famille à donner à sa fortune, ou à une partie de sa fortune, une autre destination que celle qu'il lui avait d'abord assignée; ou bien sa mort fait passer ses actions aux mains d'héritiers qui n'ont ni les mêmes intérêts ni les mêmes habitudes; les actions sont vendues, et l'on défalque sur le prix le montant des versements qui restent à faire : ira-t-on, vingt ou trente ans plus tard, rechercher les souscripteurs, ou les cessionnaires qui auront momentanément détenu les titres? Dans les opérations qui ne demandent que quelques années pour être menées à bonne fin, celles en général qui se font par commandite, il n'y a aucun inconvénient à ce que les souscripteurs restent responsables; ce n'est pas possible dans les sociétés qui s'établissent pour vingt, trente ou quatre-vingt-dix-neuf ans. La preuve, c'est qu'il a toujours été dans les habitudes du conseil d'État, quand il autorisait les sociétés anonymes, de permettre la libération des souscripteurs après versement de moitié. S'il faut empêcher à tout prix les actionnaires de se retirer au moment favorable, pour laisser les cessionnaires en présence d'un désastre, ne faut-il pas faire la part aux événements et aux exigences de nos habitudes sociales?

La gêne qu'une telle responsabilité imposerait aux souscripteurs empêcherait de se former la plupart des sociétés. Les capitalistes aiment à garder libre la disposition de leurs deniers; tel qui concourrait volontiers à la formation d'une société, hésitera s'il sait que sa responsabilité restera engagée pour un temps indéfini. Or au moment où s'élabore un projet d'association, alors que l'avenir voile encore les chances bonnes ou mauvaises, ce n'est pas aux capitaux qui cherchent un placement stable qu'il faut s'adresser, mais aux capitaux de spéculation, à ceux que possèdent les hommes mêlés au mouvement des affaires, en un mot aux capitaux hardis, comme on les a fort bien nommés. Le spéculateur en quête d'occasion n'engage pas ses fonds pour un temps indéfini; défendre aux souscripteurs de se réserver la faculté de quitter la société et

Digitized by Google

de dégager leur responsabilité, c'est les empêcher de contribuer à sa formation. Le seul moyen pour elle d'échapper à cette gêne serait d'appeler de suite le montant total des sommes souscrites; mais à quoi bon la grever d'un capital dont elle n'a pas besoin, et en priver le mouvement des affaires? D'autre part, la nécessité de laisser aux actions leur forme nominative entrave leur circulation; il n'y a que les titres au porteur qui circulent vite et bien.

9) Sous l'influence de ces considérations, une réaction se produisit promptement contre le système trop absolu de la loi du 17 juillet 1856; elle explique le projet présenté par le gouvernement en 1865. Il était d'autant plus nécessaire d'aviser que, par suite de la suppression de l'anonymat autorisé, le Conseil d'État perdait le pouvoir de faire droit aux exigences particulières des diverses sociétés; une règle absolue, applicable à toutes les sociétés par actions, eût été de nature à faire regretter l'ancienne intervention administrative. En conséquence l'article 1er du projet, étendant à toutes les sociétés par actions la règle appliquée par la loi du 15 juillet 1845 aux compagnies de chemins de fer, permettait de stipuler, mais seulement dans les statuts, que les souscripteurs, en cas de cession, ne seraient responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, que jusqu'à concurrence de moitié de chaque action, le surplus étant à la charge du détenteur; il portait : « Les souscripteurs sont responsables du montant total des actions par eux souscrites. Il ne peut être dérogé à cette prescription que par les statuts constitutifs de la société, et jusqu'à concurrence de la moitié de chaque action[1]. » La responsabilité jusqu'à concurrence de moitié est assez sérieuse pour écarter les actionnaires de passage, les coureurs de primes; la possibilité pour les souscripteurs de pouvoir dégager leur responsabilité après versement de moitié, en cédant leurs actions[2], suffit pour

[1] *Exposé des motifs*, p. 10 et 86. C'est le système que le gouvernement avait déjà présenté lors de la loi sur les sociétés en commandite par actions, et que la commission de la Chambre avait alors écarté. V. le rapport de M. Langlais, *Moniteur* du 25 juin 1856.

[2] L'article du projet n'exprimait pas d'une manière explicite si le souscripteur pouvait être libéré seulement dans le cas où il aurait cédé l'action, ou aussi dans le cas où il l'aurait conservée. L'observation en fut faite par la commission du Corps législatif; voici ce que répondit M. Duvergier :

Digitized by Google

tranquilliser les spéculateurs : la part est ainsi faite aux principes et aux exigences de la pratique. Personne d'ailleurs ne risque d'être trompé dès que la clause qui limite la responsabilité doit être insérée dans les statuts : « Que ceux qui entrent dans une société, ou qui contractent avec elle, dit fort bien l'exposé des motifs, prennent soin d'en consulter les statuts; ils sauront exactement dans quels termes les actions ont été souscrites, à quel chiffre peut se trouver réduit le capital social, et ils n'auront à craindre ni surprises ni mécomptes. » Le projet exigeait cependant que les actions restassent nominatives jusqu'à leur entière libération, non plus, comme sous la loi de 1856, pour assurer la recherche des souscripteurs, puisqu'ils peuvent n'être plus responsables, mais comme frein contre l'agiotage qui ne s'exerce guère que sur les titres au porteur.

10) Faisant un pas de plus dans la voie où le projet du gouvernement était entré, la commission du corps législatif proposa que la responsabilité pût être limitée par les statuts, non pas seulement au profit du souscripteur qui aurait cédé son action à un tiers, mais aussi au profit de celui qui la conserverait en sa possession, et que, conséquemment, l'action pût être au porteur, après libération de moitié. Pourquoi en effet, observait-elle, créer, entre les souscripteurs, de telles inégalités? Tel plus clairvoyant, ou moins scrupuleux, aura cédé ses actions au moment opportun : il ne sera plus lié; tel autre, moins clairvoyant ou plus scrupuleux, les aura gardés : il sera tenu de les libérer intégralement! Si les affaires sociales périclitent, et ce n'est que dans ce cas que la question se présente, est-ce que le souscripteur ne prendra pas pour cessionnaire le premier venu, un homme de paille, sans surface ni res-

« Le rapport de votre commission prétend que cette rédaction n'est pas assez claire, que l'on ne savait pas s'il en résulterait que le souscripteur primitif pouvait se dégager par le fait seul de sa volonté, ou s'il fallait, en outre, qu'il y eût cette circonstance qu'il eût transmis son action par la voie de la cession. Cependant, dans l'exposé des motifs, on disait : si les souscripteurs primitifs devaient rester garants de leurs cessionnaires au delà de la moitié de chaque action, la faculté de négocier serait illusoire. Il me semble que c'était exprimer assez clairement cette idée que ce n'était que quand la cession avait été opérée que la responsabilité des souscripteurs primitifs était dégagée. » (*Moniteur* du 30 mai 1867.) Il ne peut donc y avoir aucun doute sur la portée de l'article 1 du projet.

Digitized by Google

ponsabilité? La meilleure combinaison est celle qui donne le moins à l'apparence, celle qui est la plus sincère; ne vaut-il pas mieux dire tout simplement : il peut être stipulé dans les statuts que le souscripteur, qu'il conserve son action ou la cède, ne répond de l'engagement qu'il a pris en souscrivant que jusqu'à concurrence de moitié? Après le versement de moitié, tout le monde est libéré, en ce sens du moins que ni le souscripteur, ni le porteur ne sont personnellement engagés; le versement de la seconde moitié est garanti par la moitié déjà versée : c'est l'action qui est débitrice. Si elle ne paye pas, elle sera vendue à la Bourse, et le prix obtenu la libérera des versements en retard. Craint-on que les tiers ne soient induits en erreur? Il y aurait un moyen d'y parer, ce serait d'exiger que le capital ne pût être énoncé dans aucun acte, facture, annonce, publications ou autres documents émanés de la société, sans addition de ce mot : capital souscrit, avec engagement des souscripteurs, limité à .....[1]

11) Trois systèmes se trouvaient ainsi en présence quand s'ouvrit la discussion au Corps législatif : les uns demandaient le maintien pur et simple de la loi de 1856; les autres, un peu plus hardis, appuyaient le projet du gouvernement; un troisième parti soutenait la proposition plus radicale de la commission.

Après de longs débats, qui resteront célèbres pour leur obscurité et leur confusion, le projet du gouvernement comme celui de la commission, ainsi que cinq ou six amendements dus à l'initiative parlementaire, furent également rejetés. Cependant, on finit par s'entendre sur les trois points suivants : il est essentiel qu'il n'y ait que des souscripteurs sérieux; il n'est pas absolument nécessaire, il peut être parfois nuisible, que les souscripteurs primitifs soient indéfiniment responsables de ce qui reste dû sur l'action; il est désirable que la société, si elle le juge convenable à ses intérêts, à la circulation de ses actions, puisse les convertir en actions au porteur après libération de moitié[2]. De cet ensemble de vues sortit un système de transaction, formé d'éléments empruntés à chacun des trois autres, l'article 3 en contient l'énoncé; il fait déjà et fera peut-être longtemps le désespoir des interprètes.

[1] Rapport, p. 21 et s., 142.
[2] Deuxième Rapport supplémentaire, p. 2.

Digitized by Google

12) Tout d'abord, il est admis, en principe, que les souscripteurs, qu'ils aient ou non cédé leurs actions, les cessionnaires successifs et le porteur, sont tous tenus personnellement et sur tous leurs biens au versement intégral du montant des actions souscrites; conséquemment, il est admis aussi que les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur complète libération, afin qu'il soit toujours possible de connaître non-seulement le détenteur actuel, mais les possesseurs intermédiaires qui le séparent du souscripteur, pour agir contre eux au besoin. Le texte de l'article 3 ne formule expressément ni l'une ni l'autre de ces deux propositions; elles ont paru résulter suffisamment, et n'avoir dès lors pas besoin d'être écrites, de ce que le contraire, aux termes de ce même article 3, n'est possible qu'exceptionnellement, si, en exécution d'une clause des statuts, l'assemblée générale autorise la conversion en actions au porteur des titres libérés de moitié[1]. L'action impose ainsi obligation d'en payer le montant à qui la souscrit, à qui l'acquiert, à qui la détient. La publicité a porté à la connaissance des tiers le nombre et le montant des actions, ils sont en quelque sorte parties au contrat, ils ont droit à ce que les garanties, sur lesquelles les statuts les autorisent à compter, ne soient pas affaiblies : dès lors la société, ses créanciers, les liquidateurs ou les syndics si elle est en faillite, peuvent poursuivre directement, et par toutes les voies de droit, les versements en retard. Pas plus sous la loi nouvelle, que sous les lois de 1856 et de 1863, le souscripteur ne serait admis à prétendre que le gérant l'a libéré, ou que son engagement n'était que conditionnel[2], ou à exiger que ceux à qui il prétend avoir transféré ses actions soient préalablement poursuivis[3].

En fait, la société fera le plus souvent procéder d'abord à la vente de l'action non libérée, et ne recourra contre les ces-

[1] Ces propositions figuraient dans le projet du gouvernement (art. 1, *Exposé des motifs*, p. 86), dans la rédaction adoptée par la commission du Corps législatif et le Conseil d'État (Rapport, p. 118), dans l'amendement proposé par la commission (Rapport, p. 142), dans la troisième rédaction adoptée, après renvoi par la commission et le Conseil d'État (Rapport supplémentaire, p. 38); elles n'ont disparu que dans la dernière rédaction (deuxième Rapport supplémentaire, p. 11).

[2] Cass. 13 août 1856; Sirey, 1856, 1, 770; *id.*, 6 novembre 1865; S., 1866, 1, 109.

[3] Paris, 16 janvier 1862; D. P. 1862, 2, 186.

Digitized by Google

sionnaires intermédiaires ou le souscripteur que pour la différence entre le prix obtenu et les sommes encore dues; en droit, les cessionnaires intermédiaires et le souscripteur sont également tenus de parfaire intégralement le capital. Si l'un d'eux se voit forcé de libérer de ses deniers une action qui ne lui appartient plus, il pourra, selon les conventions faites avec les cessionnaires, exercer un recours contre eux à ses risques et périls; celui qui cède une action non libérée doit prendre ses sûretés, car, vis-à-vis de la société, il est responsable des éventualités d'une négociation dont il perçoit le bénéfice.

13) Mais, moins restrictive que les lois antérieures qui déclaraient les souscripteurs responsables, « nonobstant toute stipulation contraire, » la loi nouvelle permet aux statuts de maintenir absolue la règle posée en principe, ou d'en tempérer la rigueur : ils peuvent réserver à l'assemblée générale le droit d'autoriser, au moyen d'une délibération spéciale, la conversion des actions nominatives en actions au porteur, après libération de moitié, et de dégager par là les souscripteurs, cessionnaires ou détenteurs de leur responsabilité. Cette clause doit être insérée dans les statuts de la société, afin que ceux qui entrent dans la société ou qui contractent avec elle soient prévenus des éventualités qui l'attendent; cette clause ne peut avoir d'effet qu'à la suite d'un vote ultérieur de l'assemblée générale, afin que la société elle-même, qui est le meilleur juge de ses intérêts et de ses besoins, apprécie, eu égard à l'état de ses affaires, aux probabilités de l'avenir, s'il lui est utile ou non de libérer les souscripteurs ou cessionnaires et d'activer la circulation de ses titres; enfin le vote de l'assemblée générale, à ce sujet, ne peut intervenir que quand les actions sont libérées de moitié, afin que la décision soit prise, non pas sous l'empire des exigences imposées ou des espérances téméraires de la première heure, mais alors que la société est en possession d'elle-même et fonctionne, c'est-à-dire alors qu'elle est libre et sans illusions. L'intérêt des tiers, comme celui de la société, est ainsi protégé : on ne se frappe pas soi-même, il n'est pas admissible que la société, constituée juge de la question, autorise une conversion qui lui serait défavorable; d'autre part, l'intervention de l'assemblée générale exclut l'idée d'une conversion frauduleuse

Digitized by Google

faite en prévision du mauvais état des affaires sociales. Dans les conditions où la loi prescrit qu'elle intervienne, la délibération atteste que la société est dans un état assez prospère pour dégager les souscripteurs.

Pour compléter cet ensemble de garanties, l'article 3, n° 2, décide que, malgré la conversion, les souscripteurs, et aussi les cessionnaires auxquels les actions auraient été cédées avant le vote de conversion[1], en un mot tous ceux qui sont actionnaires au moment de la délibération ou qui l'ont été antérieurement, resteront encore personnellement tenus des versements à faire pendant deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale. Une fois la conversion votée, l'action n'engage plus celui qui en devient cessionnaire : aucune responsabilité nouvelle ne peut naître; mais ceux qui, lors de la conversion, étaient déjà tenus, soit comme souscripteurs, soit comme cessionnaires, ne seront libérés qu'au bout de deux ans. A la rigueur, en effet, on pourrait craindre que les actionnaires ne s'entendissent pour se donner un moyen de dégager leur responsabilité, et n'autorisassent à cette fin la conversion; à deux ans de distance, il n'est pas possible de soupçonner la prévision des catastrophes en vue desquelles les actionnaires pourraient songer à se dégager frauduleusement. L'intervention de l'assemblée générale, la publicité de la délibération suffisent déjà à rendre invraisemblable l'idée d'une conversion frauduleuse votée en prévision du mauvais état des affaires sociales; le maintien de la responsabilité pendant deux ans pour ceux qui peuvent ou pourraient prendre part au vote achève de l'écarter[2].

A l'expiration des deux années, toute différence dispa-

[1] L'article 3, n° 2, suspend l'effet de la libération pendant deux ans à l'égard des cessionnaires auxquels les actions auraient été cédées « avant le versement de moitié; » il eût mieux valu dire « avant le vote de conversion. » Le versement de moitié, en effet, n'est légalement constaté que par la délibération de l'assemblée générale.

[2] La loi anglaise offre quelque chose d'analogue. Dans les *joint stock companies*, l'actionnaire dont le nom figure sur les registres de la société peut seul être poursuivi pour ce qui reste dû; mais, outre que le transfert des actions ne peut s'effectuer qu'avec l'approbation des directeurs, il est de principe que quiconque a cessé d'être porteur dans l'année qui précède la liquidation, si l'entreprise tourne à mal, est réputé actuellement porteur. V. E. Ollivier, *Des Sociétés anglaises* (*Revue pratique*, t. 28, p. 298, 300).

Digitized by Google

rait entre les souscripteurs ou entre les cessionnaires; aucune responsabilité personnelle n'assure plus le payement de ce qui reste dû : l'action seule est débitrice, les versements faits répondent seuls des versements à faire.

14) Tel est le système consacré par la loi nouvelle. Trois hypothèses peuvent alors se présenter : ou bien les statuts sont restés muets, c'est-à-dire, n'ont pas réservé à l'Assemblée générale le droit d'autoriser la conversion; ou bien les statuts ont réservé le droit de voter la conversion, mais l'Assemblée générale n'use pas de la faculté que la clause lui donne; ou bien enfin, les statuts ont réservé le droit de voter la conversion, et l'Assemblée générale usant de son droit, l'autorise.

Si les statuts n'ont pas réservé à l'Assemblée générale le droit d'autoriser la conversion, les souscripteurs, les cessionnaires successifs et le porteur restent débiteurs du complément des actions ; ils sont tenus personnellement, c'est-à-dire sur tous leurs biens : c'est l'application du droit commun. Pour pouvoir profiter du bénéfice de l'article 3, la société devra modifier ses statuts, conformément aux articles 31 et 61.

M. Rivière soutient cependant que, dans cette hypothèse, les souscripteurs sont libérés de toute responsabilité personnelle, en cas de cession, au bout de deux ans, conformément à l'article 3, n° 2 [1]; mais cette solution est en contradiction avec tout le système de la loi. N'est-il pas admis en principe que le souscripteur est tenu, au versement intégral des actions par lui souscrites? N'est-ce pas seulement à titre exceptionnel, et en exécution d'une clause spéciale des statuts, que l'article 3 permet la libération après versement de moitié? Le point de départ des deux ans dont parle l'article 3 n° 2, c'est la délibération qui a voté la conversion ; si la société n'est pas autorisée par les statuts à s'occuper de la question, la délibération ne peut avoir lieu, et alors quel sera le point de départ du délai? M. Rivière n'en est pas arrêté ; il autorise l'Assemblée générale à fixer elle-même ce point de départ : « rien ne s'oppose, dit-il, à ce que l'Assemblée se réunisse et décide que, vu le silence des statuts, les actions doivent rester nominatives ; et les deux ans commenceront à courir depuis cette

[1] *Commentaire de la loi du 24 juillet*, p. 76, n° 353.

Digitized by Google

délibération. » Ce qui s'y oppose péremptoirement, au contraire, c'est que l'article 3 n'autorise l'Assemblée générale à intervenir que si elle y est autorisée par les statuts.

15) La situation reste la même si l'Assemblée générale, quoique les statuts l'y autorisent, ne vote pas la conversion ; le droit commun est encore applicable : les actions restent nominatives, et les souscripteurs et cessionnaires, obligés.

M. Rivière, on le pressent, ne pouvait manquer de décider ici, à plus forte raison, que les souscripteurs et cessionnaires cesseront d'être personnellement tenus deux ans après la délibération qui aura rejeté le projet de conversion, ou décidé que le délai court[1] ; les mêmes motifs qui rendent cette solution inadmissible dans l'hypothèse précédente la condamnent ici encore. Vainement les souscripteurs et cessionnaires allègueraient que l'article 3, n° 2, les libère « soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur ; » ces mots ne veulent pas dire : quelle que soit la délibération de l'Assemblée ; ils veulent dire ceci : que les actionnaires usent ou n'usent pas de la faculté que leur confère le vote qui autorise la conversion[2]. Jusqu'au vote de l'Assemblée, les actions non libérées doivent rester nominatives ; après le vote, elles peuvent être mises au porteur ou rester nominatives selon les convenances et au gré de chaque actionnaire individuellement : cela ne change en rien la position des actionnaires.

16) Enfin, si la conversion a été stipulée dans les statuts, et si l'Assemblée générale l'autorise par un vote spécial, l'action est désormais seule débitrice des versements qui restent à faire, quelque parti que prennent d'ailleurs individuellement les actionnaires, c'est-à-dire qu'ils gardent les actions en la forme nominative, qu'ils se fassent délivrer des titres au por-

[1] *Commentaire*, n° 35 et s.

[2] Un passage de la discussion prête à l'équivoque sur ce point ; voici, en effet, comment s'exprimait M. Mathieu, à la séance du 12 juin : « Dans tous les cas, quelle que soit la délibération de l'assemblée générale, qu'elle transforme les actions nominatives en actions au porteur, ou que ces actions restent nominatives, les souscripteurs et cessionnaires demeureront responsables, à partir de la délibération elle-même, pendant une durée de deux ans encore. » (*Moniteur* du 13 juin, p. 730.) C'est là une assertion inexacte, une inadvertance échappée à l'improvisation. Comp. Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les sociétés*, n° 31.

Digitized by Google

teur. Voter la conversion, c'est voter la libération tant des souscripteurs, qu'ils aient ou non cédé leurs titres, que des cessionnaires et des détenteurs actuels[1]; sauf que l'obligation d'effectuer les versements ultérieurs subsiste, pendant deux ans, à charge de ceux qui, soit pour les avoir souscrites, soit pour les avoir acquises, ont été propriétaires d'actions avant que l'Assemblée générale ait voté la libération.

Les souscripteurs restent ainsi tous tenus pendant les deux années qui suivent la délibération, qu'ils aient conservé leurs titres ou qu'ils les aient cédés, en cas de cession, qu'ils les aient cédés avant la délibération ou dans les deux années qui la suivent. Quant aux cessionnaires, il n'encourent aucune responsabilité si le titre ne leur a été cédé qu'après la délibération, que ce soit du reste après ou avant l'expiration des deux années; si le titre leur a été cédé avant la délibération, ils restent tenus personnellement jusqu'à l'expiration des deux années. La règle est la même pour tous, souscripteurs ou cessionnaires : restent tenus pendant deux années, ceux qui ont été actionnaires alors que l'action impliquait engagement personnel d'en acquitter le montant ou le complément, c'est-à-dire avant le vote de conversion.

17) M. Vavasseur comprend tout autrement l'article 3 : il soutient que, nonobstant le vote qui autorise la conversion, nonobstant l'expiration des deux années à partir de la délibération de l'assemblée générale, les souscripteurs restent toujours personnellement tenus des versements à faire, tant qu'ils n'ont pas cédé leurs actions : la loi nouvelle, dit-il, « ne statue qu'à l'égard des souscripteurs qui ont aliéné leurs actions[2]. »

[1] MM. Mathieu et Bourguignat nous semblent n'exprimer qu'imparfaitement la pensée de la loi quand ils disent que l'assemblée est appelée à voter : 1° sur la conversion en actions au porteur de titres libérés de moitié ; 2° sur la libération des souscripteurs et des cessionnaires (*Commentaire*, n°s 24 et 29). L'assemblée n'est appelée à voter que sur la conversion, c'est la loi elle-même qui fait résulter la libération du vote autorisant la conversion ; tellement que l'assemblée ne pourrait pas autoriser la conversion en maintenant la responsabilité des souscripteurs ou des cessionnaires. Les actions au porteur circulent sans laisser de traces ; dès qu'elles peuvent être au porteur, celui qui les acquiert n'a aucunement à craindre d'engager sa responsabilité personnelle.

[2] *Traité des sociétés par action*, p. 85, n° 114 ; p. 91, n° 120.

Digitized by Google

Cette interprétation est absolument contraire au système de la loi. Il y a deux dispositions distinctes dans l'article 3 : l'une, le § 1er, qui autorise l'assemblée générale, si les statuts lui en donnent le droit, à voter la libération des souscripteurs et des cessionnaires ; l'autre, le § 2, qui apporte une restriction aux effets naturels de cette libération, quand elle est votée. L'erreur de M. Vavasseur provient de ce qu'il applique à la libération, pour en déterminer l'étendue, les termes d'une disposition qui, au contraire, en restreint les effets. Qu'on ne l'oublie pas : dans le système primitif de la commission, qui allait en cela plus loin que le projet du gouvernement, la conversion des titres en actions au porteur, après libération de moitié, était la conséquence de la règle qui permettait d'affranchir le porteur aussi bien que le souscripteur originaire du payement de l'autre moitié; c'est l'idée qui a prévalu, sauf que la réserve insérée aux statuts ne suffit plus pour entraîner la libération, et qu'il faut, en outre, un vote de l'assemblée générale. La rédaction du n° 1, de l'article 3 est elliptique, la conséquence y implique le principe; en permettant de stipuler la conversion des actions, après versement de la première moitié, il entend permettre de stipuler la libération des actionnaires. Or, cette libération, que la loi fait résulter du vote autorisant la conversion, est absolue : elle se produit à l'égard des souscripteurs, des cessionnaires successifs et du détenteur, sans qu'il faille distinguer, parmi les souscripteurs, ceux qui ont conservé leurs titres ou ceux qui les ont aliénés. La restriction, au contraire, est relative : elle concerne tous les souscripteurs aussi, mais elle ne concerne que ceux des cessionnaires qui avaient acquis les titres alors qu'il engageaient la responsabilité de l'acquéreur. Quand l'article déclare responsables pendant deux ans encore, nonobstant la conversion, « les souscripteurs primitifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié, » il entend n'imposer cette responsabilité aux cessionnaires, que s'ils ont acquis les actions avant le versement de moitié, ou plutôt avant le vote de conversion, et l'imposer au contraire aux souscripteurs, même quand ils auraient aliéné leurs titres ; il l'impose à tous ceux, mais à ceux-là seulement, qui ont été actionnaires, soit par souscription, soit par achat du titre, alors que l'action impli-

Digitized by Google

quait engagement personnel d'en payer le montant ou le complément.

Que l'on pèse bien, en effet, les termes du rapport de la commission : « Il est désirable, y est-il dit, que la société, si elle le juge convenable à ses intérêts, à la circulation de ses titres, ait le droit de les convertir en actions au porteur après le versement de la première moitié, en maintenant toutefois la responsabilité des premiers souscripteurs pendant le délai que la loi aura déterminé. [1] » Est-ce que la libération des souscripteurs n'est pas ici annoncée comme résultant de la conversion, et indépendamment de toute autre circonstance? Plus loin, le rapport s'occupe du rôle attribué à l'assemblée générale, et il dit : « Sa délibération atteste deux choses : la première, c'est que la moitié du capital a été réellement versée ; la seconde, que la société est dans une situation prospère, car, sans cela, comment viendrait-elle dégager les souscripteurs primitifs et leurs cessionnaires après un délai de deux années[2]. » Où est-il dit que la libération des souscripteurs soit subordonnée à la cession de leurs titres? Enfin au cours de la discussion, le rapporteur de la commission, développant la pensée du nouveau projet, ajoutait : « Il était dans les habitudes du Conseil d'État, quand il autorisait les sociétés anonymes, de permettre la libération des souscripteurs par le versement de moitié. Eh bien, nous avons pensé qu'il était nécessaire de retenir cette faculté en la transportant du Conseil d'État, dont l'autorisation n'est plus nécessaire, à l'assemblée générale, et en lui donnant, en outre, ce correctif, cette garantie complémentaire de la prescription de deux ans, après laquelle seulement le souscripteur primitif peut être libéré [1]. »

Tout cela n'est-il pas concluant? MM. Mathieu et Bourguignat ne se prononcent pas explicitement sur cette grave question; tous leurs développements supposent cependant que la libération, quand elle est votée en exécution des statuts, profite à tous les souscripteurs, qu'ils aient ou non cédé leurs actions. « La loi, disent-ils..., a déterminé avec un soin ri-

[1] Deuxième Rapport supplémentaire, p. 2.
[2] Deuxième Rapport supplémentaire, p. 5.
[3] *Moniteur* du 23 juin.

Digitized by Google

goureux les conditions sous lesquelles il est possible d'opposer la fin de non-recevoir dont il s'agit. » Or que faut-il pour cela? Voici la formule par laquelle ils résument leur doctrine : « Il suffit au souscripteur, ou à celui auquel il a cédé l'action avant le versement de moitié, de justifier du payement de cette moitié, et de l'expiration du délai pendant lequel la responsabilité continue de subsister contre eux [1]. »

18) Les conséquences auxquelles sa doctrine l'a conduit auraient cependant dû avertir M. Vavasseur qu'il faisait fausse route. Non-seulement il restreint les effets de la libération aux souscripteurs « qui ont aliéné les actions, » mais il les restreint à ceux qui les ont aliénées « avant le versement de moitié. » Ce sont, en effet, les termes de l'article 3, n° 2, et comme il s'agit d'une situation privilégiée, il n'est pas permis de l'étendre hors des cas rigoureusement prévus. — Quant à ceux qui ne les auraient aliénées qu'après le versement de moitié, l'exception ne leur est plus applicable, le droit commun, qui est la responsabilité jusqu'à complète libération, reprend son empire [2]. De sorte que le souscripteur qui aurait cédé ses titres alors qu'il ignorait encore s'il lui sera jamais donné d'être libéré avant complet payement, serait à l'abri de poursuites deux ans après le vote ultérieur qui autorise la conversion, tandis que celui qui les aurait cédés deux ans après que l'assemblée générale a décidé que les actions seront seules désormais débitrices resterait à tout jamais obligé!

Le résultat est encore plus étrange, s'il se peut, en ce qui concerne les cessionnaires. Eux aussi, d'après M. Vavasseur, ne peuvent invoquer les effets de la conversion qu'en cas de cession, car quant au détenteur actuel, « il est incontestablement engagé ; » et non-seulement la conversion ne profite qu'aux cessionnaires qui ont aliéné leurs titres, mais elle ne profite qu'à ceux qui les avaient acquis « avant le versement de moitié. » Ce sont encore les termes de l'article 3, n° 2. Quant à ceux qui ne les auraient acquis qu'après, l'exception ne leur profite pas, ils restent donc personnellement engagés, conformément au droit commun [3]. De sorte que le cession-

[1] *Commentaire*, n° 31. Comp. Rivière, *Commentaire*, p. 71, n° 35; p. 78, n° 36.

[2] *Traité*, p. 88, n°s 117 et 118; p. 92, n° 120.

[3] *Op. cit.*, p. 92, n°s 121 et s.

Digitized by Google

naire qui aurait acquis les actions, alors qu'elles entraînaient pour l'acquéreur engagement personnel d'en acquitter le montant, serait à l'abri des poursuites deux ans après le vote ultérieur qui autorise la conversion, tandis que celui qui les aurait acquises deux ans après que l'Assemblée générale a décidé qu'elles seraient seules désormais débitrices, resterait à tous jamais engagé ! L'article 3 est assurément mal rédigé ; il ne rend que très-imparfaitement la pensée du législateur : ce n'est pas une raison pour lui imputer de pareilles singularités.

D'où proviennent ces confusions? Uniquement de ce que M. Vavasseur a pris, comme déterminant l'étendue de la libération, un article dont le but est d'en limiter les effets. L'article 3, n° 2, parle de certains souscripteurs ou cessionnaires, non pas pour dire que ceux-là seuls peuvent invoquer le bénéfice du vote de conversion, mais pour déclarer, au contraire, que ceux-là ne peuvent s'en prévaloir que deux ans après la délibération, tandis que tous autres peuvent s'en prévaloir de suite.

19) En résumé, la doctrine, assez confusément énoncée dans l'article 3, revient à ceci :

Les souscripteurs d'actions sont tenus personnellement, et sur tous leurs biens, au payement total des actions par eux souscrites ; en cas de cession, les cessionnaires successifs et le porteur sont tenus concurremment avec les souscripteurs. Les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur complète libération.

Néanmoins, il peut être stipulé, mais seulement dans les statuts constitutifs de la Société, que l'Assemblée générale pourra, par un vote spécial, après versement de la première moitié, autoriser la conversion des actions en actions au porteur.

A partir du vote qui autorise la conversion, soit que les actions restent nominatives, soit que les actionnaires se fassent délivrer des titres au porteur, les actions seules sont débitrices des versements non effectués. Toutefois, les souscripteurs primitifs, et les cessionnaires auxquels les actions auront été cédées avant le vote de conversion, resteront encore personnellement tenus pendant un délai de deux ans.

CH. BEUDANT.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE L'ABOLITION DE LA CONTRAINTE PAR CORPS sur la législation commerciale,

Par M. Eugène GARSONNET, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

(*Suite*[1].)

MM. Delangle[2] et Leroy de Saint-Arnaud[3] ont essayé de répondre à cette argumentation et de montrer comment, en théorie, la contrainte par corps est toujours hors du domaine des conventions et comment, en droit, une lettre de change peut toujours être annulée comme déguisant une opération civile. Mais ce qu'ils n'ont pu montrer, c'est que la chose fût possible en fait, et la conclusion évidente qui ressort de cette discussion, c'est la reconnaissance par le législateur lui-même des deux propositions suivantes :

1° La remise de place en place a été exigée comme sanction de l'article 2063 du Code Napoléon et pour empêcher une opération non commerciale d'emprunter la forme de la lettre de change;

2° En fait, elle n'a jamais rempli son but ni suffi à empêcher la contrainte par corps de devenir conventionnelle. S'il en est ainsi, la remise de place en place ne saurait survivre à la contrainte par corps.

III.

La suppression du § 1 de l'article 110 aurait des conséquences considérables. Si la lettre de change doit être tirée d'un lieu sur un autre, c'est qu'on ne la regarde encore que comme l'exécution d'un contrat de change. Cette règle supprimée, le contrat de change disparaît tout entier et le système allemand passe dans notre droit. Il ne faut pas, d'ailleurs, s'étonner de la hardiesse de l'innovation, car la pratique y marche presque sans s'en douter, par les efforts qu'elle fait pour se soustraire aux entraves qu'une législation arriérée a

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 454 et 531.
[2] Séance du 16 juillet 1867; *Moniteur* du 17, p. 957.
[3] Séance du 17 juillet 1867; *Moniteur* du 18, p. 977.

Digitized by Google

multipliées autour de la négociation des lettres de change, et il y a longtemps déjà que Mittermaier et Bergson [1] ont appelé sur ce point l'attention des jurisconsultes : « En définitive, écrit le plus récent et l'un des plus autorisés, celui qui « voudra prendre les faits dans leur réalité positive devra reconnaître que la lettre de change n'est pas exclusivement « un mode d'exécution du contrat de change... J'admets parfaitement qu'aujourd'hui une loi ne peut être abrogée que « par le législateur et qu'ainsi les magistrats doivent se conformer au système du Code de commerce sur la lettre de « change; mais j'ajoute que quand un usage invétéré proteste « contre le système, le moment est venu de faire une loi nouvelle [2]. » Cette loi nouvelle, si on nous la donne, tout indique qu'elle sera empruntée, au moins dans ses principes essentiels, à l'ordonnance générale allemande de 1848, la meilleure, sans contredit, des législations qui régissent aujourd'hui le change européen.

Voici, en bref, d'après le texte même de l'ordonnance et le livre d'Einert qui l'a inspirée, comment la théorie de la lettre de change est comprise aujourd'hui en Allemagne.

La lettre de change a été créée pour éviter à la fois les dangers et les difficultés du transport réel de l'argent et les prohibitions qui interdisaient dans certains pays l'exportation du numéraire; puis elle s'est développée suivant des formes particulières qui empêchaient de la confondre avec le prêt à intérêt. Aujourd'hui que l'exportation du numéraire est libre, qu'elle n'offre plus ni dangers ni difficultés et que le prêt à intérêt n'est plus défendu, la lettre de change existe encore; il faut donc qu'elle soit autre chose que ce qu'elle a été, et qu'elle ait une utilité qu'on n'ait pas connue à l'origine. Or « une loi « nouvelle sur le change doit saisir les négociations de change « au point de vue d'aujourd'hui [3], » et de fait, s'il y a des institutions qui soient l'œuvre du temps et qui se modifient incessamment au contact des faits, ce sont les institutions com-

[1] Mittermaier, *Revue étrangère et française de législation*, 1840, t. VII, p. 149 et s.; 1841, t. VIII, p. 116-120; Bergson, *Revue de droit français et étranger*, 1847, t. V, p. 98 et s.; 1848, t. VI, p. 419 et s.

[2] Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 11 et 120.

[3] *Exposé des motifs de l'ordonnance*, Bergson, *op. cit.*, t. V, p. 102.

Digitized by Google

merciales; aussi, quand le législateur s'en empare pour les réglementer, doit-il les prendre telles qu'elles sont, et non pas telles qu'elles ont été, ou telles qu'elles pourraient être. Or, si nous recherchons quel usage on fait maintenant de la lettre de change, nous verrons qu'elle sert à économiser le numéraire; qu'elle est un surrogat, c'est-à-dire un remplaçant de la monnaie; qu'elle se donne en payement comme de l'argent comptant, qu'en un mot elle est devenue un véritable papier-monnaie, engagement pris par une personne envers le public de payer une somme d'argent à une époque déterminée[1]. En d'autres termes toute personne qui tire une lettre de change est un banquier, et la lettre de change est un billet de banque. Il n'y a qu'une différence, c'est qu'au lieu d'être garantie par l'État, elle ne l'est que par le crédit d'un particulier.

A part cela la ressemblance est complète. Ainsi d'abord si un billet de banque est égaré ou détruit, c'en est fait du droit du porteur qui l'a perdu; de même les droits résultant d'une lettre de change sont attachés à la possession du titre et le tiré n'est obligé de la payer que si elle lui est présentée. Sans doute le porteur qui l'a perdue peut s'opposer à ce qu'elle soit payée à d'autres et agir contre une personne qui en aurait indûment touché le montant, mais toute action résultant de la lettre de change est perdue pour lui[2]. Il y a plus : la

[1] « Quand on emploie cette formule qui me paraît parfaitement exacte, « mais qui effarouche tant de personnes : *la lettre de change est une espèce « de papier-monnaie*, au fond, on veut seulement exprimer les deux idées « suivantes : 1° la lettre de change est l'engagement garanti d'une manière « particulière de payer une somme d'argent déterminée; 2° cet engage- « ment est pris, non pas envers une personne déterminée, mais envers « le porteur, quel qu'il soit » (Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 58, note 1.)

[2] « Le caractère qu'a la lettre de change d'être une promesse de paye- « ment envers le public se démontre par sa rédaction même et par un « principe général incontestable qui s'y rattache. Il est dit dans toutes les « lettres de change que le payement de la somme qui y est indiquée aura « lieu contre la lettre de change, et tout le monde appelle ce payement l'ac- « quittement de la lettre de change. La manière de l'opérer en est la con- « séquence : nul, en effet, n'est tenu de payer une lettre de change que « contre remise du titre, et, si l'on donne un à compte, la lettre de change « doit être, si non remise, au moins présentée, car personne n'est tenu de « payer une lettre de change que sur le vu du papier. S'il est fait des « payements partiels, on inscrit à chaque fois sur la lettre de change ce

Digitized by Google

pratique de tous les jours se sert de la lettre de change comme elle fait des billets de banque. Si je vous achète un objet qui vaut 1,000 francs et que je vous remette un billet de 1,000 francs avant de l'avoir changé, c'est-à-dire transformé en argent, vous serez payé et je serai libéré envers vous. De même si Primus vend à Secundus pour 1,000 francs de marchandises, et qu'en payement de ces marchandises Secundus lui remette une lettre de change sur Tertius qu'il tire à cet effet ou qu'il a déjà en portefeuille, avant que cette lettre de change soit payée, avant même qu'elle soit acquittée par Tertius, Primus sera libéré envers Secundus. Sans doute des conventions particulières peuvent intervenir en vertu desquelles l'obligation civile ou commerciale de l'acheteur ne sera éteinte que par le payement, tout au moins par l'acceptation de la lettre de

« qui a été payé, et par là la promesse de payement est effacée en partie « sur le titre même qui la constate. Cette circonstance mérite attention, « car c'est une particularité de la lettre de change : si elle n'était que la « preuve d'une obligation, elle devrait sans doute être remise au débiteur « en échange du payement, mais celui qui refuserait de payer une dette « échue et reconnue, sous le seul prétexte du défaut de représentation de « l'original, du titre serait contraint au payement par le juge. Dans la lettre « de change, il en est autrement : aucun juge ne peut contraindre le débi- « teur d'une lettre de change à la payer quand l'original ne lui en est pas « représenté et remis par le créancier. C'est le sens de l'expression : *je « payerai contre cette lettre de change.* Aussi une lettre de change perdue « est-elle un droit perdu : qu'il ne puisse pas y avoir de procédure engagée « suivant le droit de change quand la lettre de change n'est pas matérielle- « ment représentée, personne n'en doute, mais c'en est fait du droit lui- « même quand elle est perdue ou détruite ; sans doute, en cas de perte « certaine une action civile peut être donnée au perdant contre celui que « cette perte aurait enrichi, mais ce n'est pas une action fondée sur la « lettre de change » (Einert, *op. cit.*, p. 87-89.)

La Cour de cassation a posé ce principe de la manière la plus nette à l'égard des billets de banque, dans un arrêt récent du 8 juillet 1867. Des billets de la banque d'Algérie s'étaient perdus dans un naufrage et le payement en était réclamé. La Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait admis cette prétention : « Attendu qu'il est de la nature des billets de banque « ainsi définis et caractérisés de n'impliquer aucun rapport direct ou per- « sonnel entre ceux qui les possèdent et la banque qui les a émis, et qu'à « cet égard il est, au contraire, permis d'affirmer que l'obligation de cette « banque, comme les droits des porteurs, procèdent du titre seul et s'y ré- « fèrent exclusivement ; ce qui revient à dire que la banque d'Algérie ne « peut être obligée au remboursement que sur leur présentation et en « échange de leur remise effective » (D., 67, 1. 289 ; *contrà* la note de l'arrêt cité.)

Digitized by Google

change; mais c'est une hypothèse peu pratique, et en général la réception de la lettre de change équivaut pour le vendeur à un payement argent comptant[1]. Enfin faut-il voir dans cette

[1] Nous devons cependant avertir qu'une jurisprudence à peu près constante admet que l'acceptation, même sans réserve, de billets négociables souscrits en payement d'une dette antérieure n'emporte pas, à moins de convention contraire, extinction de cette dette. Cette extinction est subordonnée à l'encaissement des billets; c'est l'application de l'article 1273 du Code Napoléon : « La novation ne se présume point, il faut que la volonté « de l'opérer résulte clairement de l'acte » (Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. III, p. 150, note 21.)

« La lettre de change est le papier à monnaie des commerçants : c'est le « principe que nous devons maintenant démontrer. Nous le tirons de l'usage « qu'on voit le commerce en faire et du but que poursuivent les intéressés « lorsqu'ils concluent un marché par le moyen des lettres de change. Le « marchand paye avec la lettre de change les marchandises qu'il achète et « le vendeur se tient pour payé par la lettre de change qu'il reçoit, non pas « seulement lorsqu'il en a touché le montant mais dès qu'elle lui a été « remise, c'est-à-dire que le vendeur mis en possession des lettres de « change dont le montant représente le prix des marchandises vendues, tient « dès ce moment la dette pour éteinte et, dans cette intention, donne « quittance ou porte l'opération sur ses livres. Contre réception de la lettre « de change il livre ses marchandises et dès ce moment il n'est plus ques- « tion d'obligation née de la vente, ni de crédit fait à l'acheteur, ni d'in- « térêts moratoires, ni d'intérêts conventionnels, pas plus qu'il n'y a dans « la négociation de la lettre de change tirée sur un tiers, transport au ven- « deur d'une créance de l'acheteur contre son débiteur par lui délégué au « vendeur. Il faut ajouter qu'il y a des cas où les rapports des parties se « forment d'une autre manière : ainsi il peut arriver qu'un vendeur ne livre « ses marchandises que lorsque la lettre de change aura été acceptée ou « même payée; il peut arriver qu'un vendeur ne tienne pas son acheteur « pour libéré de son obligation née de la vente tant que l'effet n'aura pas « été acquitté. Mais il ne faut pas se préoccuper de toutes ces circonstances « quand on veut déterminer la nature d'une lettre de change. C'est là une « convention tout à fait particulière et, aux yeux de tous les négociants, « une anomalie qui ne se rencontre jamais dans des affaires régulières et « à laquelle ne songe pas une maison solide. Il n'y a que les commerçants « dont le crédit n'est pas éprouvé qui se soumettent à de pareilles restric- « tions. En justice les choses se passent de même : le vendeur qui a reçu « une lettre de change en payement de la chose vendue est contraint de la « livrer par les voies de droit avant même que l'effet soit arrivé à échéance; « il doit donner à l'acheteur qui la demande quittance de son obligation « d'acheteur; et s'il en demande le payement, il est repoussé dans son ac- « tion par l'exception tirée de ce qu'en acceptant un billet négociable il a « reçu son payement. On est d'accord aujourd'hui sur ce point : le vendeur « est payé effectivement quand il a reçu une lettre de change, car elle fait « dès lors partie de son portefeuille et peut lui servir à faire de nouveaux « payements » (Einert, *op. cit.*, p. 51-52.)

Digitized by Google

opération une cession faite à Primus de la créance de Secundus contre Tertius? Nullement. Si je vous remets en payement un billet de banque, on ne songera jamais à dire que je suis créancier de la banque qui l'a émis et que je vous transfère cette créance; de même lorsque Secundus remet à Primus pour s'acquitter envers lui une lettre de change sur Tertius, il ne lui cède pas sa créance contre ce dernier : le tiré n'est pas obligé, en effet, envers Primus, mais directement envers le porteur quel qu'il soit qui lui présentera la lettre de change à l'échéance. La preuve c'est que 1° l'action de Primus contre le tiré pourrait être une action civile ou commerciale suivant la nature de leur contrat, l'action de Secundus sera toujours une action commerciale fondée sur la lettre de change; 2° si le créancier qui reçoit une lettre de change en payement de son débiteur n'était que cessionnaire de la créance de celui-ci contre le tiré, il ne se prêterait jamais à une pareille opération, car il ne peut venir à l'esprit d'accepter la cession d'une créance contre un tiers quand on pourrait exiger un payement comptant[1]. Donc à ces divers points de vue la lettre de change est un moyen de payement, un papier-monnaie commercial.

[1] « Supposons que le seul cas qui se présente dans la pratique soit celui « d'un acheteur créancier envers celui sur qui il tire d'une somme égale « au montant de la lettre de change, cette opération procure un second « avantage, le payement de la lettre de change solde en même temps le « compte du tireur et du tiré. Mais qu'il y ait là une *cessio nominis*, c'est « une idée qu'il faut combattre énergiquement. Si favorables qu'y soient « les circonstances extérieures (ce serait par exemple le cas où le tiré de- « vrait en vertu de quelque affaire juste la même somme que le tireur doit « à son vendeur), il est cependant certain qu'il n'y a jamais dans la lettre « de change transport d'une créance du tireur contre le tiré. S'il en était « ainsi, l'action du tireur contre le tiré (l'action *venditi* et la *condictio ex* « *mutuo*, si le tireur était débiteur en vertu d'une vente ou d'un prêt) se- « rait transportée du tireur à son vendeur; or cela n'est évidemment pas. « C'est par l'acceptation du tiré que le porteur acquiert action contre lui « et cette action est une action de change. Jamais le vendeur ne se servira « d'une *cessio nominis*, ou il faudra supposer des cas bien rares et bien « douteux pour montrer un vendeur qui cherche son profit à se contenter, « au lieu de payement, de la cession des actions de son débiteur. Les affaires « creuses, c'est-à-dire celles qui n'ont d'autre but que de faire avoir au « vendeur, au lieu de sa créance contre son acheteur, une autre créance « de somme d'argent, n'entrent pas dans les intentions des commerçants : « elles sont la ressource extrême des mauvaises situations et certainement « la pire affaire pour le cédant qui ne peut pas faire entrer la créance cédée

Digitized by Google

La théorie française force donc la nature de la lettre de change en la décomposant en deux contrats : l'un par lequel le tiré s'oblige envers le tireur à l'acceptation et au payement; l'autre par lequel le tireur garantit au preneur cette acceptation et ce payement. Une obligation prise par une personne de faire toucher une somme d'argent, la lettre de change n'est pas autre chose. D'abord elle ne contient aucun engagement du tiré envers le tireur. Je tire sur vous une lettre de change : si vous n'êtes pas mon débiteur, si je ne vous ai pas envoyé les fonds nécessaires pour la payer, si nous ne sommes pas en relations d'affaires ensemble, rien ne vous oblige à l'accepter ni à l'acquitter; si, au contraire, vous êtes mon débiteur ou que je vous aie par avance couvert de vos déboursés, vous êtes tenu envers moi à l'acceptation et au payement, mais non pas tenu en vertu de la lettre de change, tenu en vertu de nos rapports antérieurs, en sorte que mon action contre vous sera l'action du contrat qui nous lie et non pas une action fondée sur la lettre de change [1]. D'autre part, ce n'est pas envers le

« dans son actif pour sa valeur intégrale. D'ailleurs, admettons que le tiré « doive au tireur la somme pour laquelle celui-ci tire de lui, il ne l'est que « jusqu'à l'acceptation; avec l'acceptation l'ancien rapport de droit cesse et « le tiré ne doit plus en vertu de la vente ou du prêt, ni au porteur ni au « tireur. Les actions qui résultent de ces contrats subsistent-elles quand le « tiré ne paye pas à l'échéance? C'est une question difficile, mais survécus- « sent-elles, une seule personne peut les intenter : le tireur qui aura été « contraint au remboursement. Tant que la lettre de change n'est pas re- « venue de cette manière dans les mains du tireur, ces actions sommeillent « et ne peuvent être exercées par les porteurs en possession de la lettre de « change. En principe aucun de ceux qui tiennent la lettre de change de « première ou de seconde main ne sait rien des rapports qui se sont établis « entre le tireur et le tiré » (Einert, *op. cit.*, p. 54-56.)

[1] « Il n'y a nul doute que la lettre de change ne soit parfaite sans la « participation d'un tiers, le tiré, et traitée comme telle partout où elle « passe; et, si l'on doit voir un contrat dans le rapport de droit sur lequel « elle repose, on trouvera dans l'obligation prise par le tireur envers le « porteur de faire payer la lettre de change à l'échéance, un contrat parfait « entre deux personnes. Qu'un tiers y soit désigné comme devant payer, « cela ne fait pas qu'il soit partie au contrat, car à considérer ainsi la chose, « il faudrait aussi admettre que le domiciliataire est partie dans la négocia- « tion du change, il faudrait même aller plus loin et dire qu'une conven- « tion étant faite entre un expéditeur et son destinataire de faire transporter « des marchandises par tel voiturier, celui-ci est partie à leur contrat. De « même, quand le tireur assure que le tiré acceptera, c'est une obligation

Digitized by Google

preneur que le tireur contracte l'engagement de faire accepter et payer, c'est envers la personne inconnue qui reste porteur à l'échéance, envers le public; il fait comme l'État qui, lorsqu'il émet un billet de banque, ne sait pas envers qui il s'engage à le payer, ou comme celui qui, ayant perdu un objet précieux, promet une récompense à celui qui le rapportera, s'engage envers une personne indéterminée et inconnue. Ce qui le prouve, c'est que la lettre de change se transmet avec des facilités qui n'appartiennent qu'à elle, qui varient d'étendue suivant les législations, mais dont toutes reconnaissent le principe et l'utilité; c'est pour cela que le tiré et le tireur à son défaut sont obligés directement envers le porteur, quel qu'il soit, sans pouvoir lui opposer les moyens de défense qu'ils auraient pu faire valoir contre un porteur précédent[1].

En un mot, « la lettre de change atteint son but le plus « élevé qui est de servir de moyen de payement et de rem« placer l'argent dans la pratique des affaires, parce qu'elle

« de plus qu'il contracte envers le preneur, mais elle ne fait pas encore in« tervenir le tiré au contrat. Il va de soi qu'un pareil engagement oblige « le tireur à prendre les mesures nécessaires pour forcer le tiré à accepter, « et on ne peut pas nier non plus qu'il n'y ait en règle générale un rapport « obligatoire entre le tireur et le tiré, mais quel rapport? Cela dépend des « circonstances : ce n'est pas toujours un mandat, ce peuvent être les di« verses formes de contrat dont le droit romain nous fournit la dénomina« tion » (Einert, *op. cit.*, p. 92-93.)

[1] « Il n'y a pas de contrat de change dans le sens où l'on prend le mot « *contrat*, dans le sens d'engagement entre deux ou plusieurs personnes, « *duorum pluriumve in idem placitum consensus*. Il y a dans la lettre de « change un engagement unilatéral dont peut se prévaloir tout possesseur « régulier de la lettre de change, absolument comme dans l'émission d'un « papier public il n'y a pas contrat entre l'État et le preneur, mais un en« gagement envers tout le monde, que tout acquéreur du papier peut in« voquer comme fondement d'un droit contre l'État. Si l'on veut dire « qu'une telle promesse faite envers le public devient un contrat ou « une convention dès qu'une personne déterminée se présente pour en ré« clamer le bénéfice, on ne fera qu'expliquer ainsi au point de vue du droit « civil ce qui est déjà clair par soi-même. Supposons, en effet, qu'une prime « ait été offerte pour l'invention d'un objet perdu ou l'arrestation d'un « criminel, ou que des récompenses publiques, une décoration, une mé« daille, aient été promis à l'auteur d'une belle action, qui pourra douter « qu'elles ne puissent être réclamées par celui qui sera dans les conditions « voulues pour les obtenir, et qui sentira le besoin de changer alors cette « promesse en un contrat et d'expliquer par là comment elle a pu devenir « obligatoire? » (Einert, *op. cit.*, p. 90-91.)

Digitized by Google

« contient la promesse offrant un haut degré de sécurité, de « payement de la somme qu'elle indique, avec les espèces, au « lieu et à l'époque qu'elle détermine, et cette promesse « arrive au but proposé en s'adressant, non à un individu « déterminé mais au public, de sorte que le bénéfice en « peut être réclamé par toute personne ayant dans les mains « l'instrument, le porteur de cette promesse. Le but est ainsi « atteint, car le droit résultant de cet engagement est un droit « réel, inhérent au papier, désigné en style de change par ces « expressions *payez contre cette lettre de change*[1]. »

Ce principe posé, il en résulte les conséquences suivantes qui embrassent la théorie entière de la lettre de change et qu'on peut ramener à sept principales.

1. *Il n'est pas nécessaire que la lettre de change soit tirée d'un lieu sur un autre.* — On a essayé de démontrer que la remise de place en place n'est plus qu'un anachronisme dans l'état actuel de la pratique ; que tout au plus elle pouvait s'expliquer comme sanction de l'article 2063 du Code Napoléon, et que la suppression de la contrainte par corps, en lui enlevant toute raison d'être, fournit une excellente occasion de l'abolir. Il nous reste maintenant à montrer quelle était la conséquence logique du contrat de change, et cette démonstration a une importance particulière, car, une fois faite, elle prouvera que c'est cette théorie tout entière qu'il est temps de supprimer. Or, le contrat de change est, suivant la définition de Pothier, un contrat par lequel je m'oblige à vous donner une certaine somme en échange d'une autre que vous vous obligez à me compter, et la lettre de change, dans cette même théorie, n'est que l'exécution du contrat de change[2]. Cela admis, il faut trouver quelle peut être l'utilité de ce contrat et quel intérêt je puis avoir, quand vous me devez une somme d'argent, à me contenter d'une promesse de la toucher à échéance, plutôt que d'en exiger le payement comptant. Cet intérêt, on l'avait fait consister en ceci, que le payement de la somme que vous me promettez me sera fait dans un autre lieu où j'ai besoin de le recevoir, et, allant plus loin, on en avait fait une condition d'existence du contrat de change. Non-seulement

[1] Einert, *op. cit.*, p. 90.
[2] Cpr. *supra*, p. 455-458.

Digitized by Google

on avait dit : le contrat de change pourra servir par le moyen de la lettre de change à faire toucher une somme d'argent dans un autre lieu, mais le contrat de change ne pourra être que l'engagement de faire toucher une somme d'argent dans un autre lieu. Sans cette circonstance de la différence des lieux, pas de contrat de change, parce qu'on ne fait un contrat que si l'on y a intérêt et que la promesse que vous me faites de me compter une somme d'argent est sans utilité pour moi qui suis déjà votre créancier et n'ajoute pas un droit de plus à ceux que j'avais déjà contre vous. De là la remise de place en place, et voilà pourquoi Pothier complète sa définition en disant : « Le contrat de change est un contrat par « lequel je vous donne ou m'oblige à vous donner en un cer- « tain lieu une certaine somme pour et en échange d'une « somme d'argent que vous vous obligez de me faire compter « dans un autre lieu. » Faites, au contraire, de la lettre de change un papier-monnaie, dites que celui qui la prend en payement est satisfait comme s'il recevait un billet de banque, et alors vous ne serez plus obligé d'en chercher l'utilité dans des conditions extérieures et arbitraires, vous la trouverez dans sa nature même : elle est d'intérêt public parce qu'elle économise le numéraire ; elle procure au créancier l'avantage d'une satisfaction immédiate puisqu'au lieu d'une simple promesse il reçoit un papier qui, pour lui, vaut de l'argent [1].

[1] « Il est nécessaire d'expliquer comment un négociant raisonnable peut « se dessaisir de son argent pour un papier qui ne viendra à payement que « dans deux ou trois mois.— On a bien compris que cela avait besoin d'ex- « plication et on a cherché à introduire dans le contrat de change quelque « chose qui le rendit utile. Or dans le change (*Wechsel*) il y a un échange « (*Tausch*); les théoriciens l'ont parfaitement compris et c'est le point de « départ de l'école française depuis Savary et Pothier. Dans le change or- « dinaire de l'argent (qui est aussi un échange, *cambium reale vel manuale*) « l'intérêt de l'opération saute aux yeux : l'un donne des espèces dont il « veut se défaire contre d'autres qu'il préfère ou dont il a besoin, il donne « de l'argent contre de l'or, de menue monnaie contre de grosses espèces. « On voit très-bien le but et l'utilité du contrat ; mais qu'il donne des « espèces pour attendre, avec une lettre qu'on lui remet, le payement de la « même somme à une autre époque, c'est une combinaison si singulière « qu'on ne comprend pas pourquoi l'homme qui paye de sa bourse une lettre « de change ne garde pas son argent plutôt que de l'abandonner ainsi à « l'incertain, car un débiteur, si sûr qu'il soit, ne vaut jamais de l'argent « comptant. Ce but et cet avantage de la lettre de change, on les trouve

Digitized by Google

II. *La mention de la valeur fournie n'est pas nécessaire dans la lettre de change.*— L'article 110, § 7 du Code de commerce exige que la lettre de change fasse mention de la valeur fournie par le preneur. C'est une disposition détestable, nous le montrerons plus tard, car prise à la lettre elle obligerait les commerçants à divulguer le secret de leurs opérations; éludée, et elle l'est tous les jours, elle n'est plus qu'une comédie légale et un mensonge autorisé. Théoriquement elle est la conséquence du contrat de change : « s'il n'y avait pas « une mention de la valeur reçue, il n'y aurait pas de lettre « de change parce qu'il n'y aurait pas présomption de la cause « de l'engagement » [1]. Bien plus elle n'en est pas la conséquence nécessaire et le législateur a eu le tort d'user d'une rigueur exceptionnelle en une matière où, si quelque chose doit être exceptionnel, ce sont les facilités données à la création de la plus utile des valeurs commerciales. L'article 1132 du Code Napoléon dispose, en effet : « une convention n'en « est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas « exprimée », et on en est encore à se demander pourquoi le contrat de change, par exception, est nul quand la cause n'en est pas exprimée. C'est, dit Pothier, parce qu'on peut être tenté à la veille d'une faillite de passer à des tiers complaisants des lettres de change qu'on se serait fait donner sans en avoir fourni la valeur et qui seraient aussi perdues pour celui qui les aurait données [2]; c'est, dit Dalloz, pour empêcher que la lettre de change ne déguise un simple prêt [3]. Mais la lettre de change peut être, aux termes de l'article 110, causée *valeur en compte*, et rien n'empêche avec cette mention de simuler un prêt sous la forme d'une lettre de change ou de tromper un tiers en lui faisant tirer une lettre de change sans lui en donner la valeur [4]. Avec la théorie de la lettre de change papier-monnaie, toute difficulté disparaît; la lettre de

« dans une modalité de la promesse de payement qu'elle contient : le né- « gociant y trouve son intérêt parce que le payement aura lieu dans un en- « droit différent de celui où le contrat se conclut. C'est la théorie de Po- « thier » (Einert, *op. cit.*, p. 107-108.)

[1] Persil, *Traité de la lettre de change*, p. 38.

[2] *Op. cit.*, n° 34.

[3] *Op. et loc. citt.*, n° 79.

[4] Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 56, note 1.

Digitized by Google

change n'indiquera pas la cause pour laquelle elle a été tirée. Exige-t-on qu'un billet de banque énonce la valeur fournie par le premier porteur qui l'a reçu? Et ce qui montre l'inanité de cette formalité et de toute la théorie à laquelle elle se rattache, c'est d'abord que la lettre de change peut, comme on l'a vu, réaliser une donation [1]; c'est ensuite qu'il y a en circulation des milliers de lettres de change dont la valeur n'a pas été fournie. C'est donc qu'on peut se passer du contrat de change [2].

[1] Cpr. *suprà*, p. 456, note 2.

[2] « Voici comment les commentateurs expliquent la mention de la valeur « fournie : s'il n'y a pas indication de la valeur fournie, il n'y a pas contrat « de change, parce qu'il n'y a pas présomption de la cause de l'engage- « ment; ainsi s'exprime Persil, *Traité de la lettre de change*, p. 38. Or il « n'y a qu'un malheur, c'est que ce contrat de change n'apparaît plus, l'in- « dication de la cause pour laquelle la lettre de change a été émise ne se « comprend plus, s'il est possible qu'il y ait une lettre de change sans con- « trat; il faudra alors abandonner la théorie du contrat de change. Or il « est possible de tirer une lettre de change sans que le preneur ait fourni « pour cela une somme d'argent ni aucune autre valeur : on ne voit pas, « en effet, comment il serait défendu de faire donation à quelqu'un au « moyen d'une lettre de change. Si le Code de commerce le défendait, ce « rigorisme choquant serait un hommage rendu au système qui lie les « mains au législateur dans les cas où, laissé à lui-même, il aurait disposé « autrement.... Lorsqu'un négociant tire une lettre de change, il lui est « désagréable de dire au public dans quelles circonstances il l'a fait, il « évite autant que possible de révéler le détail de ses affaires et de ses en- « gagements; c'est pour cela qu'il fait volontiers tirer pour son compte, « car alors son nom est caché et il n'est rien publié de ses rapports avec le « preneur et le tiré; c'est aussi pour cela qu'il ne peut pas toujours être « fidèle à la vérité, ne fût-ce que pour ne pas courir le danger de compro- « mettre ses correspondants. C'est ainsi que les commerçants voient les « choses, et aussi y a-t-il par le monde quantité de lettres de change qui ne « disent rien de ce qui s'est passé entre le tireur et le preneur avant que « la lettre de change fût tirée, ni de l'opération à laquelle se rapporte l'é- « mission de cette lettre de change. C'est déjà un indice pour la démonstra- « tion scientifique de notre principe : si le jurisconsulte voit qu'on ne peut « prendre à la lettre ce que dit le tireur dans la prétendue théorie du « contrat de change, il doit considérer l'existence de ce contrat comme « quelque chose d'accidentel, et, s'il remarque de plus que, dans les pays « où la mention *valeur reçue* a été inventée il y a plus de deux cents ans, « on tirait parfaitement bien des lettres de change sans le contrat de change « tel qu'on l'entendait dans l'ancienne école française depuis Savary (ainsi « dans le cas de la lettre de change tirée *animo donandi*); enfin si l'on ajoute « que la lettre de change au porteur exclut toute idée du contrat de change,

Digitized by Google

III. *L'acceptation n'est pas un engagement pris par l'accepteur envers le tireur, mais une garantie qu'il donne au porteur.* — La théorie du contrat de change influe aussi sur la nature de l'acceptation. Par la création de la lettre de change se forme un contrat entre le tireur et le tiré, il se conclut par l'acceptation par laquelle le tiré s'engage envers le tireur du payement de la lettre de change, et de là les deux conséquences suivantes : 1° l'action du tireur contre le tiré qui n'accepterait pas ou qui, ayant accepté, ne payerait pas est une action fondée sur la lettre de change[1] ; 2° le tiré est maître de son acceptation en ce sens que, libre jusqu'à la formation du contrat, il a le droit de limiter son obligation et d'insérer dans son acceptation telle condition ou restriction qu'il lui plaît; seulement, comme l'acceptation est une garantie de la lettre de change et qu'il est de l'intérêt du porteur qu'elle soit sans réserve, les législations qui admettent la théorie du contrat de change ne permettent pas d'imposer au porteur une acceptation restreinte ou conditionnelle. En présence d'une pareille acceptation, il peut tenir la lettre de change pour non acceptée, faire le protêt faute d'acceptation et user de tous les droits que lui confère le refus d'acceptation; il peut aussi se contenter de l'acceptation incomplète qu'on lui offre, mais ce n'est plus alors qu'un engagement ordinaire du tiré envers lui, ce n'est plus l'obligation spéciale qui résulte de la lettre de change avec ses effets particuliers et ses rigueurs exceptionnelles[2]. Si, au contraire, on abandonne la

« faute d'un cocontractant avec qui il puisse se conclure; alors certaine-« ment cette théorie ne repose plus que sur un bien faible fondement. » (Einert, *op. cit.*, p. 99-100, 102-103.)

[1] Cpr. *suprà*, p. 460, note 4.

[2] Les législations étrangères sont à peu près d'accord pour proscrire les acceptations conditionnelles et permettre au porteur de consentir à ses risques et périls à une acceptation restreinte. Cependant, en Angleterre, l'acceptation conditionnelle peut être imposée au porteur : « l'acceptation « est absolue ou conditionnelle : l'acceptation non qualifiée est une accep-« tation pure et simple ou absolue; elle engage l'accepteur sans lui laisser « aucune autre alternative que de faire honneur à son acceptation et de « payer à son échéance et aux termes spécifiés la lettre de change acceptée. « L'acceptation conditionnelle n'engage l'accepteur que lorsque la condition « stipulée est réalisée. La condition qui modifie l'acceptation peut n'être « consignée que dans un écrit accessoire et distinct de la lettre de change; « elle sera non avenue pour les endosseurs de bonne foi qui ignorent

Digitized by Google

théorie du contrat de change, les rapports du tireur et du tiré restent en dehors de la lettre de change, l'acceptation n'est plus la conclusion d'un contrat entre ces deux personnes, c'est un engagement pris envers le porteur par lequel le tiré garantit le payement déjà promis par le tireur et cautionne pour ainsi dire l'obligation de ce dernier. Sans doute, ce sera par une conséquence de ses relations antérieures avec le tireur que le tiré sera amené à prendre cet engagement, mais ces relations sont indifférentes aux effets de la lettre de change et cet engagement ne regarde que le porteur, et de là les deux conséquences suivantes : 1° si le tiré, malgré les obligations qu'il a envers le tireur, refuse l'acceptation ou le payement, l'action du tireur contre lui ne se fondera pas sur la lettre de change et sera intentée en vertu de leurs rapports réciproques : vente, si le tireur a vendu au tiré ; prêt, s'il lui a prêté de l'argent ; jamais, en effet, la caution n'est tenue envers le débiteur principal des mêmes actions qu'envers le créancier, et puisqu'ici le tiré n'est pas la caution du tireur, il n'a que le porteur pour créancier en vertu de la lettre de change [1] ; 2° le porteur est seul créancier, maître de son droit

« l'existence de cet écrit. Mais les termes de l'acceptation ne sauraient être « modifiés par aucune convention verbale (*parol agreement*) » (Colfavru, *op. cit.*, p. 231). L'article 124 du Code de commerce fait sur ce point une distinction : « L'acceptation ne peut être conditionnelle, mais elle peut être « restreinte quant à la somme acceptée ; dans ce cas le porteur est tenu « de faire protester la lettre de change pour le surplus. » L'acceptation ne peut être conditionnelle, c'est-à-dire qu'on ne peut l'imposer au porteur limitée par une condition et qu'il peut s'en contenter ou considérer la lettre de change comme non acceptée et exercer le recours faute d'acceptation. Mais il est admis par les auteurs que, s'il s'en contente, le contrat qui se forme est un engagement suivant le droit commun et non plus le contrat spécial d'acceptation : « il me paraît, dit M. Demangeat, « difficile d'admettre ici les effets propres à l'acceptation d'une lettre de « change, savoir la contrainte par corps, la compétence commerciale et la « prescription de cinq ans. En effet le tiré n'a véritablement pas agi en « qualité de tiré, il ne s'est point chargé du mandat que lui donnait le ti- « reur, il n'a point concouru à la lettre de change, il a simplement pris « un engagement ordinaire dont nous devons apprécier la validité et l'ef- « ficacité d'après les règles du droit commun » (sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 226, note 1).

[1] « Si l'on part de cette idée que l'acceptation est un cautionnement, on « ne répétera jamais assez qu'il n'y a pas contrat entre le tireur et le tiré, « s'il ne s'en est formé un en dehors de la lettre de change ou si, en le

Digitized by Google

par conséquent et peut, s'il le veut, se contenter d'une acceptation incomplète : si donc le tiré n'a accepté la lettre de change que pour une partie de la somme qui y est portée ou sous une condition, le preneur pourra à son choix la considérer comme non acceptée et exercer les recours ouverts en pareil cas, ou se contenter de l'acceptation qui lui est offerte, et celle-ci, au lieu d'être, comme dans la théorie du contrat de change, un engagement ordinaire, sera une acceptation véritable obligeant celui qui la donne en vertu de la lettre de change. EUGÈNE GARSONNET.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

DES ENFANTS ASSISTÉS.

Par M. Ch. YVES,
Avocat, ancien secrétaire en chef de l'administration des hospices de Caen.

Un projet de loi, relatif à la répartition des dépenses intérieures des enfants assistés, a été envoyé au Corps Législatif, le 4 janvier dernier[1], et nous nous proposons, en l'examinant, d'étudier rapidement diverses questions qui se rattachent au même sujet.

Le nouveau projet de loi est la reproduction presque textuelle de celui présenté au Corps Législatif le 13 mai 1859, et ce dernier n'était lui-même qu'un extrait d'un projet antérieur, longuement élaboré par une commission instituée en 1849. Le texte de la loi que le gouvernement présente aujourd'hui ne contient que deux articles : Le premier propose de répartir, entre tous les hospices de chaque département, la charge des dépenses dites *intérieures*, lesquelles dépenses

« payant, le tiré n'a pas fait l'affaire du tireur..... De la lettre de change « payée par le tireur ne résulte aucune action de change pour le tireur « contre l'accepteur, et donner à l'accepteur qui a payé une action de change « contre le tireur, aucun homme qui réfléchit n'y songera jamais. Ce serait « la mort des opérations de change si le tireur, après que tout a marché « régulièrement jusqu'au payement, était encore exposé de la part du tiré « à une action de change, dans laquelle il devrait apporter la preuve, qu'il « ne pourra que très-exceptionnellement faire par titre, qu'il a fourni la « provision » (Einert, *op. cit.*, p. 95-97).

[1] *Moniteur universel* du 12 janvier 1868.

Digitized by Google

sont, dans l'état actuel, supportées exclusivement par les hospices dépositaires. La répartition serait faite par le Préfet, après avis du Conseil général, les Commissions administratives entendues, et en ayant égard aux ressources ainsi qu'aux besoins de chaque hospice. L'article 2 déclare que les dépenses dites *extérieures* continueront à être régies par les lois et règlements existants.

Il nous sera facile de prouver que ce projet de loi est insuffisant, qu'il ne répond ni aux besoins actuels, ni à la véritable équité; mais, pour la clarté du sujet, il peut être utile de rappeler les antécédents et de faire connaître l'organisation du service telle qu'elle existe aujourd'hui.

I. Le document le plus ancien qui s'occupe des secours aux enfants trouvés[1] paraît être un décret du premier concile de Nicée (an 325) qui recommande[2] d'établir, dans chaque ville, un *Xenodochium* ou hospice pour les enfants abandonnés, les voyageurs, les infirmes et les pauvres. En 787, Dathéus, prêtre, fonda à Milan un hospice d'enfants trouvés. Vers 1198, un hospice fut créé à Rome par les religieux de l'ordre du Saint-Esprit, pour y recevoir les enfants exposés; et le même ordre établit à Paris, un hospice d'orphelins, en 1362. François Ier fit construire, à Paris, une maison destinée aux orphelins légitimes, et qui était connue sous le nom d'hospice des Enfants-Rouges. Enfin, vers 1640, Saint-Vincent-de-Paul et Madame Legras, en recueillant, dans les rues de la capitale, les enfants que le vice et la misère y déposaient, ont donné à la charité chrétienne un élan qui ne s'est pas arrêté depuis et qui s'est répandu dans le monde entier.

L'hospice des Enfants-Trouvés de Paris ne fut fondé définitivement qu'en 1670, dans le faubourg Saint-Antoine. A la même époque, quelques établissements semblables furent créés dans d'autres villes, le plus souvent par l'initiative des habitants et des municipalités. Dans les provinces, les seigneurs hauts-justiciers étaient chargés depuis longtemps, en

[1] Les *Orphanotrophies* dont il est parlé dans un excellent article de la *Revue critique de législation* sur les orphelins pauvres (juillet 1867) étaient, dans l'ancienne Grèce, des établissements exclusivement destinés à élever, jusqu'à l'âge de vingt ans, les enfants dont les pères étaient morts dans les combats.

[2] Regula 1, xx.

Digitized by Google

vertu d'un arrêt du Conseil du roi du 13 août 1452, de nourrir et entretenir les enfants exposés ou abandonnés sur leur territoire. Lorsque, après la déclaration de Chantilly (13 juillet 1724), des mesures rigoureuses furent employées pour combattre la mendicité qui désolait la France, on établit à la porte des établissements destinés aux vieillards et aux mendiants, des tours d'exposition pour les enfants; mais ces derniers, entassés dans les hospices, en sortaient rarement et y mourraient presque tous.

L'Assemblée constituante, par un décret du 29 novembre 1790, décida que les ci-devant seigneurs hauts-justiciers pourraient, au moyen d'un simple avertissement donné à l'hospice le plus voisin, remettre les enfants qu'ils devaient nourrir à cet hospice qui « s'il n'était pas chargé de ce genre de dépense « par le titre de son établissement, pourrait la recouvrer sur « le Trésor public. » Un grand nombre de lois et de décrets, rendus de 1790 à 1811, sur les enfants trouvés, et s'abrogeant successivement, ne reçurent aucune exécution ou furent très-incomplétement appliqués. La Constitution du 3 septembre 1791 avait prescrit la création d'un établissement général de secours publics pour les enfants abandonnés et les pauvres; ce projet n'eut pas de suite, et ceux que l'on appelait alors enfants de la patrie restèrent à la charge des hospices, des municipalités et des départements. La loi du 27 frimaire an V ordonnait, ainsi que l'avait décidé précédemment le décret du 29 novembre 1790, que les dépenses concernant les enfants trouvés et abandonnés seraient remboursées, par le trésor national, aux hospices qui n'avaient pas de revenus spécialement affectés auxdites dépenses; et ces prescriptions furent confirmées par un arrêté du 25 floréal an VIII. On cherchait déjà à atténuer les charges que la loi avait provisoirement imposées aux hospices, car les ressources de ces établissements, à peine suffisantes pour l'entretien des malades et des infirmes, se trouvaient en grande partie absorbées par les enfants trouvés.

Cependant, de toute cette confusion de lois, décrets, arrêtés, etc., il faut extraire ce qui est encore appliqué aujourd'hui. Un décret du 30 ventôse an V a tracé des règles sages, que la pratique a confirmées, sur le placement des enfants trouvés à la campagne. Ce décret confie le soin et la surveillance des enfants aux commissions administratives des Hos-

Digitized by Google

pices, lesquelles venaient d'être instituées par la loi du 16 vendémiaire an V. L'arrêté du gouvernement du 25 floréal an VIII attribue aux départements, pour être affectée aux dépenses des enfants abandonnés, la portion des amendes et confiscations qui avait été, par des lois antérieures, accordée aux établissements hospitaliers. Enfin, la loi du 15 pluviôse an XIII charge les commissions administratives de la tutelle des enfants assistés ; l'un des administrateurs devant exercer les fonctions de tuteur et les autres former le conseil de famille. Cette loi attribue en outre aux hospices le droit à la succession des enfants assistés qui décèdent sans héritiers avant l'âge de majorité.

Nous arrivons au décret du 19 janvier 1811 que l'on doit considérer, encore aujourd'hui, comme la base de la législation sur les enfants assistés, bien que ses dispositions aient été constamment modifiées par des règlements administratifs ou de simples circulaires [1]. Ce décret établit la distinction des enfants adoptés par l'assistance publique en trois catégories : les enfants *trouvés*, qui, nés de père et mère inconnus, ont été trouvés dans un lieu quelconque ou portés dans les hospices destinés à les recevoir ; les enfants *abandonnés*, qui, d'abord élevés par leurs parents, en sont délaissés sans qu'on sache ce que ceux-ci sont devenus ; les enfants *orphelins*, qui, n'ayant plus ni père ni mère, n'ont aucun moyen d'existence. Il ne doit y avoir, suivant le décret, qu'un hospice, au plus, par arrondissement, pour la réception des enfants trouvés, et chaque hospice doit être pourvu d'un tour. Les enfants sont placés en nourrice jusqu'à six ans, puis en pension jusqu'à douze ans ; à cet âge les enfants mâles, bien constitués, sont mis à la disposition du ministre de la marine ; ceux dont l'État n'aura pas disposé sont placés en apprentissage, et les infirmes restent à la charge des Hospices.

Les établissements désignés pour recevoir les enfants trouvés sont chargés, dit l'article 11 du décret, de la fourniture des layettes et de toutes les dépenses intérieures relatives à la nourriture et à l'éducation des enfants. L'article 12 fixait à 4 millions la contribution de l'État dans la dépense des mois de nourrice et de pension ; et, en cas d'insuffisance de cette

[1] V. notamment l'instruction ministérielle du 8 février 1823.

Digitized by Google

somme, il devait y être pourvu par les hospices, au moyen de leurs revenus, ou par des allocations sur les fonds des communes. Ces dispositions furent à peine exécutées, et la loi de finances du 25 mars 1817 (art. 52 et 53) décida que, sur les 14 centimes additionnels aux contributions foncière et personnelle-mobilière prélevés pour les dépenses variables des départements, il serait pourvu au service des enfants trouvés et abandonnés, sans préjudice du concours des communes. Cette loi met à la charge des départements les dépenses des enfants trouvés, sans distinction de dépenses intérieures ou extérieures; mais d'après l'instruction ministérielle explicative publiée le 27 mars, les dispositions dont il s'agit s'appliquent seulement « à la portion de la dépense qui comprend « les mois de nourrice ou pension, les indemnités accordées « pour les neuf premiers mois de la vie des enfants et lors- « qu'ils ont atteint leur douzième année, et les frais de revue « et d'inspection des enfants. » Suivant cette instruction, le concours des communes n'est qu'accessoire et destiné seulement à remédier à l'insuffisance que pourraient présenter le revenu des hospices appelés à recueillir les enfants, et les fonds départementaux accrus de la portion du produit des amendes et confiscations attribuée au même service.

Mais, avant d'examiner plus à fond la question des dépenses, il est nécessaire d'exposer le système actuellement en vigueur pour les admissions des enfants dans les hospices. Nous aurons à parler aussi des secours temporaires qui sont une partie chaque jour plus importante du service des enfants assistés, et nous devrons traiter également la grave question de l'éducation ou des placements.

II. L'article 3 du décret du 19 janvier 1811 prescrivait l'établissement d'un tour d'exposition dans tous les hospices destinés à recevoir des enfants trouvés, et l'article 4 limitait à un par arrondissement le nombre des hospices dépositaires. Le tour encourageait jusqu'à un certain point le libertinage et la prostitution; en facilitant les abandons, il autorisait les infractions à l'article 348 du Code pénal. Quelle que soit à cet égard l'opinion de quelques bons esprits qui demandent le rétablissement des tours, l'expérience a démontré les avantages de leur suppression, et, malgré les dispositions formelles du décret de 1811, leur nombre s'est réduit peu à peu

Digitized by Google

jusqu'à ce jour, où il n'en existe peut-être plus un seul. En 1812, on comptait 235 tours d'exposition; en 1860, il n'y en avait plus que 25, presque tous surveillés d'une manière ou d'une autre, équivalant à peu près à la suppression.

L'admission des enfants dans les hospices, à bureau ouvert, sur la simple déclaration d'une sage-femme ou de toute autre personne, déclaration se bornant souvent au lieu et à la date de naissance, c'est là un système qui a été longtemps pratiqué dans les hospices non pourvus d'un tour, mais qui a presque autant d'inconvénients que le tour lui-même. Le mode adopté aujourd'hui par l'administration, l'admission prononcée par le préfet, nous paraît le plus convenable et le plus logique; il s'accorde avec l'idée générale que nous entendons soutenir, et qui consiste à reconnaître que les enfants assistés sont, ainsi que les aliénés indigents, une charge des départements.

Quels sont les hospices auxquels incombe de recevoir les enfants assistés, de les nourrir et de les élever jusqu'à ce qu'ils se suffisent à eux-mêmes? En un mot, quels sont les hospices *dépositaires?* Ici, comme en beaucoup d'autres points de cette matière, nous ne trouvons aucune règle précise; les préfets, statuant le plus souvent sous l'impulsion des Conseils généraux, ont adopté, suivant les lieux et suivant les époques, des systèmes très-différents, et ont centralisé ou divisé la charge des dépôts, par des mesures arbitraires qui auraient dû être prises par le gouvernement lui-même, dans la forme des règlements d'administration publique, ainsi que le prescrit l'article 20 du décret de 1811. La centralisation, qui avait pour but de diminuer le nombre excessif des expositions, a fait place, depuis dix ans surtout, à la décentralisation, et cela par suite de la suppression des tours, des réclamations incessantes des hospices centraux et de l'établissement du système des secours temporaires; mais on a généralement respecté l'article 4 du décret qui limite à un par arrondissement le nombre des hospices dépositaires.

L'enquête faite en 1838 sur le service des enfants trouvés avait démontré que la suppression des tours, déjà commencée dans quelques départements, n'avait que de bons résultats, et que le nombre des expositions décroissait sans que celui des infanticides augmentât là où les tours avaient été supprimés.

Digitized by Google

On demanda qu'un acte législatif organisât le service des enfants assistés, de même que la loi du 30 juin 1838 avait organisé celui des aliénés. Un arrêté pris par M. Dufaure, ministre de l'intérieur, le 22 août 1849, institua une commission à l'effet de préparer un projet de loi. Cette commission, après avoir tenu trente-deux séances dont les procès-verbaux ont été publiés avec les documents à l'appui, proposa une loi à peu près complète et qui eût modifié la législation antérieure, notamment sur les points suivants : 1° Suppression des tours; 2° allocation de secours aux filles mères; 3° allocation de pensions aux nourriciers jusqu'à ce que les enfants aient atteint quinze ans révolus (au lieu de douze ans); 4° inspection et patronage des enfants assistés; 5° répartition des dépenses dites intérieures entre tous les hospices de chaque département, proportionnellement à leurs ressources. Le livre III du projet de loi était relatif aux établissements publics et maisons privées d'accouchements. Bien que l'œuvre consciencieuse de cette commission n'ait pas reçu la sanction de l'autorité législative, elle a servi néanmoins de base aux instructions ministérielles et, par suite, aux règlements préfectoraux qui remplacent aujourd'hui la loi pour tout le service des enfants assistés.

Une nouvelle enquête a eu lieu, en 1860 et 1861, en vertu d'un arrêté ministériel du 27 mars 1860. Le rapport général qui la résume, rédigé par les hommes les plus compétents en cette matière, renferme des documents précieux, des appréciations claires et pratiques, et, si l'on y joint les travaux de la commission de 1849, rien ne manque plus pour la confection d'une loi, laquelle ne devrait pas contenir seulement, comme celle qui est proposée, une simple mesure, basée sur une apparente équité, ayant pour but d'améliorer la situation de quelques hospices obérés, mais qui fixerait avec netteté les principes de cette partie de l'assistance publique, tout en laissant aux conseils généraux une certaine latitude, en raison des charges que les départements devront supporter. L'enquête de 1860 a prouvé de nouveau les avantages que l'on retire, au point de vue moral comme au point de vue financier, de la suppression des tours et de l'allocation des secours temporaires. Cependant le rapport, après avoir reconnu que les pensions payées par les départements sont trop faibles, et que

Digitized by Google

les charges imposées aux hospices sont excessives, ne conclut pas à demander qu'on allége le fardeau de ces établissements, parce que, dit-il, la fortune des hospices va s'agrandissant sans cesse. Mais chacun sait que, si les revenus s'accroissent en apparence, par suite de la dépréciation graduelle du signe monétaire, les dépenses s'élèvent par la même raison; qu'en matière d'assistance publique, comme en beaucoup d'autres, les dépenses croissent plus vite que les recettes, et que les libéralités, qui autrefois augmentaient constamment les ressources des hospices, se dirigent aujourd'hui d'un autre côté.

L'enquête a aussi fait justice d'une opinion mal fondée: on accuse quelquefois le régime de la suppression des tours d'avoir accru le nombre des infanticides; or il a été démontré que cette progression s'applique également à d'autres crimes, qu'elle ne concorde presque jamais avec l'époque ou les lieux de la fermeture des tours, et que, si les faits criminels déférés aux cours d'assises sont plus nombreux, il faut attribuer ce résultat surtout au perfectionnement des moyens de police et au zèle des magistrats.

III. Les secours aux filles mères ont été primitivement institués par la loi du 28 juin 1793 qui en faisait en quelque sorte une charge obligatoire pour l'État; mais la situation du Trésor ne permit pas de continuer les allocations. Les hospices de Paris commencèrent, en 1837, à secourir les mères indigentes, et une circulaire du ministre de l'intérieur du 6 août 1840 engageait les administrations départementales à adopter ce mode d'assistance. Sept départements en firent dès lors l'application, et, en 1848, cinquante-trois allouaient des secours temporaires. Après l'enquête de 1860, l'administration supérieure, frappée des avantages incontestables de ce système de secours, a cherché à le généraliser dans toute la France, et des règlements préfectoraux presque calqués sur un même type, ont apporté, jusqu'à un certain point, de l'uniformité dans cette partie du service des enfants assistés.

La charge des secours temporaires incombe tout entière aux départements; mais, depuis l'application de ces secours, les dépenses du service ont notablement diminué, parce que les admissions d'enfants assistés proprement dits sont beaucoup moins nombreuses. D'un autre côté, les pensions sont payées aux nourriciers jusqu'à ce que les en-

Digitized by Google

fants aient atteint l'âge de douze ans, quelquefois treize ou quatorze ans, tandis que les secours temporaires sont généralement limités à trois ou quatre années. Le secours, comme la pension, varie entre huit et douze francs par mois, suivant l'âge des enfants et suivant les départements.

Le secours temporaire est donc un grand progrès dans l'assistance; il retient souvent, sur la pente du vice, de pauvres filles plus ignorantes que coupables; il leur procure les moyens d'élever leurs enfants pendant les premières années, sans rompre les liens naturels et sans absorber une part excessive des ressources charitables; et non-seulement la statistique prouve que les abandons n'ont pas augmenté, mais les reconnaissances et les légitimations d'enfants sont plus nombreuses, et la mortalité des nouveau-nés a diminué dans une proportion énorme, comparativement à ce qu'elle était dans les hospices. « A tous les points de vue, dit M. Fayard, administrateur des « hospices de Lyon [1], la mesure des secours temporaires a « largement répondu aux espérances de l'autorité supérieure; « mais pour qu'elle tienne tout ce qu'elle promet, il faut que « les administrations hospitalières lui donnent la plus grande « extension possible. La religion, l'humanité et l'intérêt « bien entendu de la société leur en font un devoir. Appli- « qué avec prudence et discernement, ce mode d'assistance « est le plus rationnel, le plus moral, le plus efficace, et en « même temps le moins onéreux. Il a déjà modifié l'ensemble « du service des enfants confiés à l'assistance publique, et il « doit le transformer complétement; car il permet de tarir le « mal dans sa source, en rattachant chaque enfant à sa mère « et en le réintégrant dans sa famille. » Nous croyons aussi que ce mode de secours rendrait encore de plus grands services, s'il était complété par une surveillance locale, et par le patronage des enfants.

Il a été fait un reproche sérieux au système des secours aux filles mères, c'est qu'il semble favoriser les enfants naturels, à l'exclusion des enfants légitimes. Mais, d'abord, les secours ne sont donnés aux filles mères que lorsqu'il s'agit d'une première faute, et cette restriction se justifie d'elle-même; d'un

[1] *Des enfants assistés à Paris et à Lyon*, par M. E. Fayard. Paris, Guillaumin, 1867.

Digitized by Google

autre côté l'enfant légitime naît rarement dans un dénûment absolu, et si les parents sont indigents, ils peuvent trouver, au lieu de leur domicile, une assistance plus ou moins complète, qui serait refusée souvent à la mère d'un enfant naturel. Enfin les sociétés de charité maternelle et quelques autres œuvres ne réservent-elles pas leurs secours aux unions légitimes? En opérant ainsi, par les secours temporaires, une heureuse transformation dans le service des enfants assistés, on aurait dû, peut-être, ne pas se renfermer dans des limites étroites; mais il faut aussi prendre garde d'oublier la distinction qui doit exister entre l'assistance communale et l'assistance départementale.

IV. En ce qui concerne les enfants assistés qui séjournent dans les hospices, voici comment s'exprime le rapport sur l'enquête de 1860. « Beaucoup d'enfants sont conservés pour « cause de faiblesse, dont le tempérament lymphatique ne « pourrait être modifié que par l'influence du grand air et de « la vie des champs, et qui achèvent de s'étioler dans l'atmos- « phère de l'hospice. Souvent la difficulté des placements de- « vient le prétexte et l'excuse plutôt que le motif de séjours « indéfiniment prolongés. A l'égard des jeunes filles, spécia- « lement, une inquiétude sans doute très-respectable conduit « à de fâcheuses exagérations. Songer aux dangers qui me- « nacent l'avenir de la jeune fille pauvre, c'est là, nous le « reconnaissons, une préoccupation légitime et faite assuré- « ment pour émouvoir le cœur des religieuses; mais ne voir « de moyen de préservation que dans le séjour à l'hospice, « n'est-ce pas, répétons-le, une exagération funeste? Cette « tendance à conserver les enfants sans une nécessité absolue « compromet à la fois leur intérêt moral et leurs intérêts ma- « tériels. Presque toujours, du reste, le séjour de l'hospice « est une mauvaise préparation à la vie de labeur qui attend « nos pupilles. Ils y contractent des habitudes de bien-être « relatif et une certaine mollesse qui deviendront plus tard « un écueil redoutable. Souvent les moyens d'employer les « garçons avec quelque utilité manquent complétement. « Réduits, en dehors des heures de classe, à des occupa- « tions sédentaires, bonnes pour de vieilles femmes, ils s'en- « gourdissent dans l'oisiveté d'une vie incompatible avec la « vivacité de leur âge. Si l'hospice les applique à des travaux

Digitized by Google

« industriels, des ateliers mal organisés les exposent à tous « les inconvénients de l'existence des fabriques, sans même « leur assurer l'apprentissage sérieux d'un métier qu'ils « puissent exercer un jour... Ajoutons que les pupilles trop « habitués au régime de l'hospice réussissent rarement, les « filles surtout, à se créer au dehors une position stable, et « reviennent plus tard dans l'établissement, soit à titre d'in- « firmes, soit à titre de servants supplémentaires. De là cet « encombrement, cette impossibilité d'améliorer, trop souvent « constatés par l'enquête. »

Ce passage du rapport ne démontre-t-il pas qu'il existe un mal profond auquel il est urgent de porter remède? Les administrations hospitalières ont, en général, par leur mode de constitution, trop d'inertie et aussi trop peu de ressources et de moyens pour améliorer cet état de choses. Un des hommes les plus versés dans les questions d'assistance publique, M. de Wateville, ancien inspecteur général des établissements de bienfaisance, disait que le sort des enfants assistés, conservés à l'hospice ou placés au dehors est fort triste; et voici un extrait d'une circulaire adressée, par le ministre de l'intérieur, aux préfets, le 8 novembre 1848. « Si les enfants arri- « vés à l'âge de douze ans, auquel cesse toute allocation « départementale, n'ont pu être placés au dehors, parce qu'ils « sont infirmes ou peu aptes à travailler, ils rentrent dans les « hospices qu'ils encombrent et dont ils absorbent les reve- « nus, au grand préjudice des malades et des infirmes qui ne « peuvent plus y être admis. Ces enfants, s'ils n'y sont pas « gardés dans une complète oisiveté, n'y sont, la plupart du « temps, appliqués qu'à des travaux qui ne leur préparent « aucun avenir. »

On a souvent cherché à améliorer le sort des enfants assistés, en en tirant meilleur parti pour eux-mêmes et pour la société. Ainsi, sans remonter au delà des dernières années, nous dirons que le Sénat a recommandé cinq fois au gouvernement un projet consistant à établir, en Algérie, des asiles pour donner aux enfants assistés de la France une éducation agricole : la première fois, en 1856, sur la proposition de M. le président Troplong et de M. le comte Portalis, et sur le rapport de M. le comte Siméon; la deuxième fois, en 1859, sur le rapport de M. Ferdinand Barrot; la troisième fois, en

Digitized by Google

1860, sur le rapport de M. Amédée Thierry ; la quatrième fois, en 1861, sur le rapport de M. le marquis de Lagrange; et la cinquième fois, en 1864, sur le rapport de M. Barrot. Le placement des enfants en Algérie a reçu, à titre d'essai, un commencement d'exécution, dans les établissements de Bouffarick et de Ben-ak-Noun, dirigés par le P. Brumauld, ainsi que dans celui de Misserghin, dirigé par le P. Abram. Ces essais ne furent pas heureux; les maladies causées par le climat dépeuplèrent les orphelinats et ralentirent les efforts de ceux qui voulaient faire admettre le principe du transfèrement des enfants assistés dans notre colonie africaine.

Les colonies agricoles, établies dans le même but, en France, par quelques administrations départementales, n'ont pas eu en général un meilleur succès; et cependant il n'est pas admissible que l'on renonce à faire de nouvelles expériences et que l'on doive laisser croupir dans l'oisiveté un si grand nombre d'enfants, enfermés dans les hospices, pêle-mêle avec des vieillards, des incurables et quelquefois avec des aliénés. En lisant les *observations* publiées par la commission des hospices de Rouen, en 1849, et par la commission des hospices de Beaune, en 1860, on est frappé des inconvénients que présente ce mélange des enfants et des vieillards, contraire aux dispositions formelles de la loi du 28 juin 1793, laquelle avait prescrit de placer les enfants trouvés dans des corps-de-logis complétement séparés.

Répétons-le encore : il est urgent que des mesures soient prises pour améliorer le service des enfants assistés. Tout le monde reconnaît que la tutelle conférée par la loi du 15 pluviôse an XIII aux commissions administratives des hospices est mal exercée; c'est pourquoi on leur a demandé de transférer par délégation, une partie de cette tutelle aux inspecteurs départementaux des enfants assistés. Mais cette délégation, illicite jusqu'à un certain point, n'a pas produit partout les effets que l'on en pouvait espérer; les inspecteurs, absorbés par le travail de bureau, font peu de tournées, et leur surveillance est insuffisante. Enfin les comités de patronage, organisés dans quelques cantons et dépourvus de ressources, ont rarement donné à l'administration un concours efficace.

V. Abordons maintenant, d'une manière plus spéciale, la question des dépenses. Le projet de loi, récemment soumis

Digitized by Google

au Corps législatif n'offre pas, même sur cette question restreinte, une solution sérieuse. Suivant l'exposé des motifs, la dépense du service des enfants assistés serait, d'après les derniers relevés, de 11,300,000 francs, dont les hospices dépositaires supportent 2,570,171 francs, et dont le surplus est à la charge des départements. Mais le dernier chiffre ne comprend que la plus faible part des dépenses occasionnées aux hospices par les enfants assistés; c'est seulement le total des sommes payées pour la vêture des enfants de moins de douze ans placés en nourrice. Les autres dépenses, bien plus importantes, et que l'on ne peut évaluer exactement, sont la nourriture, l'entretien, le logement, etc., de tous les enfants qui séjournent dans les hospices; et l'on sait que beaucoup d'entre eux, atteints d'infirmités congénitales, ou absolument privés d'éducation professionnelle, y séjournent toute leur vie. C'est là une charge écrasante pour les hospices et pour les villes qui les subventionnent; les départements n'en prennent aucune part, car les subventions accordées par quarante-neuf conseils généraux, et s'élevant ensemble à 284,391 francs, sont affectées à des dépenses du service extérieur.

Les établissements hospitaliers ont des obligations non moins impérieuses et incontestablement plus légitimes que celles concernant les enfants assistés. Les hôpitaux, aujourd'hui confondus avec les hospices, sous les mêmes administrations, souvent dans les mêmes bâtiments, toujours avec des ressources communes, doivent pourvoir au soin des malades indigents, et si l'un des services absorbe une trop grande part des revenus, c'est au détriment des autres. Les fondations hospitalières, qui datent presque toutes, en France, du XIIIe au XVIIe siècle, ont été faites en faveur des malades ou des vieillards. Combien en pourrait-on citer qui aient eu pour but de recevoir les enfants trouvés? C'est donc méconnaître le vœu des fondateurs des hospices et de ceux qui, par leurs libéralités, en ont assuré les revenus, que de changer ou d'étendre la destination de ces établissements, à moins qu'on ne leur apporte des ressources nouvelles.

Dans la plupart des villes, les hospices reçoivent du budget municipal des subventions, sans lesquelles il leur serait impossible de satisfaire aux besoins de la population; et c'est là qu'apparaît, d'une manière plus flagrante, le défaut d'équité

Digitized by Google

de l'organisation actuelle; car une ville se trouve ainsi indirectement obligée de payer le surcroît de dépenses qui résulte, non pas des secours donnés à ses propres habitants, mais de l'entretien dans les établissements communaux des enfants assistés de l'arrondissement tout entier. Les tarifs d'octroi, rétablis en l'an VIII, étaient affectés principalement aux charges de bienfaisance; mais ces tarifs ne doivent profiter qu'à ceux qui les subissent, et d'ailleurs, depuis la loi du 18 juillet 1837, on ne peut plus prétendre qu'il soit *obligatoire* pour les communes de combler les déficits des budgets hospitaliers.

Avant la loi du 30 juin 1838, quelques hospices recevaient des aliénés indigents et en supportaient la charge pour tout ou partie; depuis cette loi équitable, les frais de séjour des aliénés dans les hospices ou autres asiles publics sont remboursés par les départements, suivant un prix de journée variable et débattu. N'y a-t-il pas lieu d'adopter le même système en ce qui concerne les enfants assistés? Le domicile de secours de ces derniers est toujours plus difficile à déterminer que celui des aliénés, et l'on ne devrait pas imposer arbitrairement à cinq ou six villes les charges qui incombent naturellement à l'association départementale. Le nouveau projet de loi s'écarte des véritables principes reconnus par le législateur de 1838, et bien qu'il veuille répartir sur un plus grand nombre d'établissements, les charges qui pèsent aujourd'hui sur cent quatre-vingt-cinq hospices dépositaires, ce n'est pas là une solution, et l'on peut prévoir comment il serait accepté par les hospices qui, chargés à l'improviste et sans profit pour eux, d'une dette nouvelle, et ne pouvant avoir recours à l'impôt, se verraient contraints de diminuer leurs secours.

Déjà de nombreuses réclamations se sont élevées contre ce nouveau mode de répartition des dépenses intérieures, chaque fois qu'il a été proposé, lors des projets de loi de 1849, de 1853 et de 1859. La commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet de 1853 déclara que toutes les dépenses des enfants assistés devaient être *obligatoires* pour les départements, mais le Conseil d'État refusa d'admettre ce principe[1] que l'on persiste encore à renier aujourd'hui, bien

[1] *Dictionnaire d'économie charitable* de M. Martin d'Oisy, vol. 4, col. 696.

Digitized by Google

qu'il ait été reconnu successivement par l'Assemblée constituante, le Directoire et le gouvernement de la Restauration.

La loi de finances du 13 floréal an X mettait à la charge des départements toutes les dépenses des enfants assistés; le décret du 19 janvier 1811 faisait contribuer à la fois l'État, les communes et les hospices; et la loi de finances de 1817, que nous avons citée plus haut, a déclaré que les dépenses des enfants assistés sont obligatoires pour les départements, sauf le concours des communes[1]. « La dépense des enfants trouvés est avant tout départementale, » a dit la circulaire ministérielle du 21 août 1839, qui limite au cinquième le contingent des communes. C'est en vertu du même principe que les départements reçoivent aujourd'hui, pour être affecté au service des enfants assistés, le tiers des amendes de police correctionnelle que la loi des 19-22 juillet 1791 avait attribué aux hospices.

Enfin la loi du 18 juillet 1866 laisse aux conseils généraux la plus grande latitude, en ce qui concerne les dépenses des enfants assistés; mais ce n'est là qu'une faculté budgétaire, et la question principale n'est pas résolue. Voici comment cette dernière loi est commentée par la circulaire ministérielle du 4 août 1866. « Si, par rapport aux aliénés, la loi du 18 juillet « a fait et dû faire des réserves, il n'en a pas été de même en « ce qui concerne les enfants assistés. L'esprit de haute cha- « rité dont sont animés les conseils généraux, la connaissance « parfaite qu'ils ont des nécessités et des préférences locales, « la part considérable qui leur revient dans les améliorations « obtenues depuis trente années, étaient les meilleures garan- « ties que pût rechercher le législateur. En cette matière, « d'ailleurs, tout ou presque tout déjà a été réalisé ou prévu. « Des règlements départementaux, postérieurs pour la plupart « à l'enquête de 1860, et s'inspirant tous de la pensée des « conseils généraux, ont tracé d'une manière aussi libérale que « précise les dispositions qui gouvernent le service. Au point « de vue départemental, il ne restera donc guère qu'à suivre « les errements actuels. Sous le rapport hospitalier, malgré le « dévouement éclairé des commissions administratives, la si- « tuation n'est pas aussi favorable; les dépenses dites inté-

[1] V. aussi loi du 12 mai 1838, art. 40.

Digitized by Google

« rieures imposent aux hospices dépositaires des charges qu'ils « sont quelquefois hors d'état de supporter, et de là vient un « malaise inévitable dont l'hospice ne souffre pas moins que « ses jeunes pupilles. L'attention du gouvernement a été ap- « pelée sur cette situation, et son désir le plus vif est qu'il y « soit remédié. » C'est là le véritable exposé des motifs de la loi projetée; mais on ne peut s'empêcher de reconnaître que cette loi ne remédiera pas au mal et qu'elle ne fera que déplacer le fardeau si injustement imposé aux établissements hospitaliers.

Si, jusqu'à présent, le chiffre élevé de la dépense qui devrait être mise à la charge des départements pour dégrever les hospices, a été cause de l'ajournement de la question, cet obstacle a beaucoup diminué et il diminue encore chaque jour. D'une part, la suppression du fonds commun a procuré à un grand nombre de départements, à compter de 1868, des ressources qui leur permettraient de faire face à des obligations nouvelles ; d'un autre côté, le nombre des enfants assistés subit une réduction progressive, depuis la suppression des tours et l'application généralisée du système des secours temporaires. Suivant la déclaration faite par Chaptal, ministre de l'intérieur, dans son arrêté du 8 pluviôse an IX, le nombre des enfants assistés s'élevait alors, en France, à 60,000 environ. En 1833, on en comptait, selon M. de Gasparin, 130,945 au-dessous de douze ans, soit environ 200,000 n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans. En 1859, il n'y avait plus, ainsi que le constate l'enquête de 1860, que 133,885 enfants assistés, et 14,614 secourus. Aujourd'hui le chiffre total doit être inférieur à 100,000, en calculant, à défaut de documents complets, sur les données que fournissent les comptes moraux publiés annuellement par les administrations hospitalières des grandes villes.

La dépense moyenne d'un enfant trouvé était évaluée à trente livres, au temps de Saint Vincent de Paul ; en 1792, l'administration payait 75 francs par an pour chaque enfant de la patrie (compte rendu du ministre Roland); de 1824 à 1833, la dépense moyenne était de 83 francs, suivant le rapport présenté au roi, le 5 avril 1837, par M. de Gasparin; en 1859, la même dépense s'élevait à 117 francs, pour les enfants de moins de douze ans qui, placés à la campagne, étaient l'ob-

Digitized by Google

jet d'allocations départementales et hospitalières. Ces chiffres sont aujourd'hui dépassés, et, si l'on tient compte de tous les frais de logement, d'administration, d'inspection, etc., on ne devrait pas évaluer à moins de 150 francs, la moyenne annuelle de dépense d'un enfant assisté.

La limite d'âge (douze ans) n'ayant été établie qu'afin de restreindre les charges départementales aux dépens des hospices, elle devrait disparaître dans notre système, puisque les départements seraient tenus de payer des pensions, soit aux nourriciers, soit aux hospices, jusqu'à ce que les pupilles de l'assistance fussent en état de pourvoir eux-mêmes à leurs besoins. Or, sur le chiffre de 100,000 individus, comprenant les enfants assistés de moins de vingt et un ans, les infirmes au-dessus de cette âge et les enfants secourus temporairement, 80,000 au plus donneraient lieu à une dépense moyenne de 150 francs; de sorte que la somme totale ne dépasserait pas douze millions; et la charge devra nécessairement décroître, si l'administration prend l'initiative de réformes depuis longtemps attendues. En 1858, la dépense s'élevait à 10,123,856 fr. 13 c. pour 93.405 enfants de moins de douze ans; mais ce dernier calcul ne peut nous servir de base, car il ne comprend qu'une partie des dépenses hospitalières, et il faut aussi tenir compte, d'une part, de l'augmentation du prix des denrées, d'autre part, de la diminution du nombre des enfants secourus.

VI. Nous résumerons cette étude par les conclusions suivantes : 1° Il est urgent que le législateur statue sur l'ensemble de l'organisation du service des enfants assistés, en ce qui concerne les admissions, l'éducation et la dépense; 2° le système des secours temporaires doit être de plus en plus substitué à l'admission dans les hospices; 3° les enfants valides non conservés par leurs nourriciers, devraient être, vers l'âge de 13 à 14 ans, placés dans des établissements agricoles ou industriels; 4° les dépenses du service devraient être intégralement supportées par les départements, avec le concours des communes.

La solution ne peut rester encore longtemps suspendue ; la période d'essais a déjà trop duré, et le régime extra-légal doit être enfin remplacé par l'autorité de la loi, qui, seule peut faire disparaître les anomalies et les abus de l'état provisoire. Quant au décret de 1811, « suffisant à l'époque où il a

Digitized by Google

« paru, il est actuellement peu en harmonie avec les besoins « du service. La morale, l'humanité et l'intérêt bien entendu « de la société réclament une nouvelle législation sur cette « importante partie de l'administration charitable [1]. »

Dans la séance du Sénat du 13 juin 1862, M. Goulhot de Saint-Germain, parlant au nom de la commission chargée d'examiner une pétition présentée par M. Valery, rappelait les vœux précédemment exprimés par d'autres commissions, en 1856, 1857, 1859, 1860 et 1861, et, dans un remarquable rapport, il constatait de nouveau la nécessité d'une loi sur l'organisation du service des enfants assistés. Or il est évident que le dernier projet n'est qu'une mesure restreinte dont l'application présenterait plus d'inconvénients que d'avantages, et qu'il ne répond ni aux besoins du service, ni aux vœux six fois émis par le Sénat.

Le projet de loi, présenté au Corps législatif le 4 janvier dernier, a été retiré par le gouvernement le 7 mai; mais, sur la demande formelle de la Chambre, le rapport de la commission chargée de l'examen du projet a été imprimé, et voici, en résumé, les conclusions de ce rapport :

La commission, adoptant en principe les idées émises en 1866 devant le Sénat, repousse celles du gouvernement et propose de répartir les dépenses des enfants assistés entre les hospices, les départements et l'État. Suivant ce contre-projet, on laisserait à la charge des hospices les frais occasionnés par le premier séjour des enfants dans ces établissements et par leur premier placement; on ferait payer aux départements les pensions des enfants placés au dehors, ainsi que les frais de nourriture de ceux qui sont ramenés à l'hospice ou qui ne peuvent être placés; enfin on mettrait à la charge de l'État la fourniture des vêtures nécessaires aux enfants d'un à douze ans.

Ce système s'écarte de celui que nous avons ci-dessus exposé comme nous paraissant le plus logique et le plus facilement praticable; mais il apporterait néanmoins une amélioration très-importante dans la situation des hospices dé-

[1] De Wateville, *Législation charitable*, p. 158, note.

Digitized by Google

positaires. Nous aurions admis, de préférence, la solution contenue dans l'amendement de M. de la Guistière, député, lequel proposait de mettre à la charge des départements toutes les dépenses extérieures et intérieures des enfants assistés.

CH. YVES.

LOI DU 24 JUILLET 1867 SUR LES CONSEILS MUNICIPAUX [1],

Par M. SERRIGNY, doyen de la Faculté de droit de Dijon.

Cette loi est un amalgame de dispositions plus ou moins incohérentes entre elles. Le législateur de 1867 n'a pas procédé comme ses prédécesseurs qui avaient divisé la matière municipale en deux grandes lois : l'une d'organisation, celle du 21 mars 1821 remplacée par celle du 5 mai 1855; l'autre sur les attributions, du 18 juillet 1837, modifiée par les décrets de décentralisation des 25 mars 1852 et 13 avril 1861. La loi nouvelle s'occupe à la fois des attributions et de l'organisation des corps municipaux. Elle touche à une multitude d'objets qui n'ont souvent aucune espèce de relation entre eux. Elle fait de la décentralisation et de la centralisation.

La disposition principale est celle qui n'est pas écrite dans son texte, qui ne s'y trouve que par voie de déduction; je veux parler de la rupture de coïncidence entre la durée des fonctions des maires et celle des conseillers municipaux. Ceux qui liraient seulement l'article 28 ainsi conçu : « A l'avenir, les conseils municipaux seront élus pour sept ans » ne se douterait pas que c'est l'article le plus important de la loi, non pas au point de vue des conseils municipaux dont il règle la durée, mais de celle des maires dont il ne dit pas un seul mot.

Au milieu de cette diversité d'objets, le caractère dominant de cette loi, c'est de donner satisfaction au besoin de decentralisation qui s'est fait jour dans la presse depuis quelques années. Sous ce rapport la loi du 24 juillet 1867 *sur les conseils*

[1] Cet article était composé lorsqu'a paru celui de M. Pougnet dans la *Revue*, numéro de septembre-octobre 1867, et qui est écrit uniquement au point de vue de centralisation de la loi, tandis que nous nous sommes proposé d'examiner la loi dans son ensemble.

Digitized by Google

municipaux est sœur de celle du 18 juillet 1866 sur les conseils généraux ; elle fait de la décentralisation dans le même genre que celle-ci. On sait qu'en théorie la décentralisation se conçoit de deux manières : d'une part, en déléguant aux préfets certaines attributions de l'administration centrale ; c'est ce qu'avaient fait les décrets de 1852 et 1861, de l'autre en augmentant les pouvoirs des corps délibérants, comme l'a fait, pour les conseils généraux, la loi du 18 juillet 1866. C'est dans cette dernière voie qu'est entrée la loi du 24 juillet 1867 sur les conseils municipaux.

Elle laisse subsister la division quadripartite des attributions de ces conseils établie dans la loi du 18 juillet 1837, suivant laquelle 1° ils règlent ou statuent sur certaines affaires, sauf les droits de suspension ou d'annulation des préfets (art. 17 et 18) ; 2° ils délibèrent sur d'autres, à la charge d'approbation par le préfet ou par un autre agent supérieur (art. 19 et 20) ; 3° ils donnent des avis (art. 21) ; 4° ils émettent des vœux (art. 24).

La loi de 1867 décentralise 1° en faisant passer de la deuxième à la première catégorie un certain nombre d'affaires sur lesquelles les conseils municipaux pourront voter ou statuer, sans qu'il soit besoin d'obtenir l'approbation des préfets ou de l'administration centrale (dite loi, art. 1, 2, 3) ; 2° en substituant l'approbation des préfets à celle du gouvernement (art. 5, 6) ou bien celle du gouvernement à celle du législateur (art. 7).

M. Bonjean dans le beau rapport qu'il a fait au Sénat sur la loi du 24 juillet 1867, critique, après M. Thiers, l'expression *tutelle administrative* qu'il considère comme exprimant une idée fausse, et c'est, disent ces deux orateurs, avec des expressions fausses qu'on répand dans le pays des erreurs dommageables (V. *Moniteur*, 1867, p. 931, col. 3 et *Bull. min. de l'int.*, 1867, p. 474). Cette opinion est partagée par M. Pougnet (V. *Revue critique*, 1867, t. 31, p. 288).

Quelle que soit l'autorité qui s'attache aux noms que je viens de citer, je ne saurais partager leur opinion, et rien ne me semble plus exact que l'expression de *tutelle administrative* pour exprimer le pouvoir exercé par l'administration publique sur les communes. Quelle est l'idée, que signifie le mot *tutelle?* N'est-ce pas celle de protection, comme l'exprime le

Digitized by Google

verbe *tueri*, d'où il tire son origine? Est-ce que le pouvoir exercé par l'administration sur les communes n'est pas analogue à celui des tuteurs assistés des conseils de famille et des tribunaux sur les mineurs?

La cause de la minorité des communes est l'intérêt des générations futures qui est souvent opposé à celui de la génération présente, et qu'il s'agit de sauvegarder, comme la loi civile sauvegarde l'intérêt des substitués fidéicommissairement, en prescrivant de nommer un tuteur à la substitution (C. Nap., art. 1055, et s.).

Pour le mineur ordinaire il est des actes que le tuteur peut faire seul, d'autres pour lesquels il a besoin de la délibération du conseil de famille et d'autres enfin pour lesquels il faut l'autorisation de la justice. De même pour les communes, il est des actes que le maire peut faire seul; il en est d'autres pour lesquels il faut l'approbation du conseil municipal; il en est aussi pour lesquels il faut l'approbation ou l'autorisation du conseil de préfecture ou de l'administration active. C'est surtout depuis que le maire peut être choisi par l'administration publique en dehors du conseil municipal, qu'il n'est plus contestable que les communes soient dans un état de minorité perpétuelle. Le caractère des actes de la tutelle administrative a la même nature et produit les mêmes effets que ceux de la tutelle des mineurs ordinaires : ce ne sont pas des actes de nature contentieuse, mais des actes qui rentrent dans la juridiction gracieuse (V. ma *Compétence administrative*, n° 32, 2e édit.).

On objecte que « dans la tutelle des mineurs, le tuteur a la plénitude de l'initiative et de l'action; il gère tout et fait directement toutes les affaires du mineur, sans avoir même à en donner son avis à celui-ci. Dans le contrôle administratif, c'est précisément l'inverse qui se produit : l'initiative et la gestion appartiennent exclusivement aux autorités locales; le pouvoir supérieur n'exerce qu'un simple droit de surveillance et de *veto*. »

Ces diversités dans le mode d'exercice du pouvoir de protection n'en change pas la nature et ne font pas que dans les deux cas, ce ne soit un pouvoir de tutelle. Si l'objection avait de la portée, il faudrait en conclure que la tutelle était inconnue au droit romain, car on sait que le pupille agissait lui-

Digitized by Google

même et que le tuteur ne faisait que lui prêter son autorité. Qui s'est jamais avisé de nier l'existence de la *tutelle* en droit romain ou en droit français, à raison de la différence dans le mode suivant lequel s'exerce la protection?

On ajoute enfin : si l'État est un tuteur, les départements et les communes sont donc des *mineurs*, des incapables? Or quoi de plus blessant pour le légitime orgueil des conseils généraux ou municipaux? Oui, sans aucun doute, les départements et les communes sont des *mineurs* et des *incapables*, puisqu'il est une multitude d'actes qu'ils ne peuvent faire qu'avec l'autorisation de leur tuteur. Cette position qui vient de la nature même des choses et des intérêts des générations présentes et futures qui sont en opposition, n'a rien de plus blessant pour les corporations que pour les mineurs et les substitués fidéicommissairement.

Je vais plus loin : non-seulement la tutelle administrative existe chez nous, mais aux points de vue politique et administratif, elle réalise un grand progrès. Il suffit pour s'en convaincre de comparer le régime communal sous l'empire romain avec ce qu'il est devenu sous notre droit français. L'empire romain ne connaissait pas la tutelle administrative ou ne l'a connue que tardivement et dans une mesure extrêmement restreinte, ainsi que l'on peut s'en convaincre en recourant à mon *Droit public et administratif romain*, nos 692-697; ce qui n'a pas empêché les communes romaines de périr d'inanition sous le despotisme des empereurs.

La tutelle de l'État sur les communes est conforme à l'intérêt bien entendu des deux parties. Il est manifeste que l'État qui se compose de l'ensemble de toutes ces corporations, a intérêt à leur prospérité, à leur conservation, à leur perpétuité, puisque leur prospérité générale constitue celle de l'ensemble de la grande communauté nationale. L'État est donc parfaitement bien placé pour protéger les communes, et son intérêt bien entendu se confond avec le leur. Cela ne veut pas dire que toujours l'État observe la règle de son intérêt et celui de toutes ces corporations dans l'exercice de la tutelle qui lui est confiée. Souvent il imite les individus et les tuteurs des mineurs ordinaires qui sacrifient à leur véritable intérêt, ce qu'ils prennent à tort et mal à propos pour tel en cédant à une impulsion injuste et passionnée. Ainsi que je l'ai fait remar-

Digitized by Google

quer dans un article sur la loi du 18 juillet 1866 *sur les conseils généraux*, publié dans la *Revue de législation* (numéro d'avril 1867), personne n'a mieux compris le véritable intérêt de l'État dans l'exercice de la *tutelle administrative* que Colbert qui a cherché à libérer les communes de leurs dettes, afin de les rendre fortes et habiles à supporter les charges de l'État. C'est l'un des points les plus remarquables de la vie de cet habile ministre qui, sous ce rapport, ne trouve malheureusement pas d'imitateurs de nos jours.

Si ce n'était abuser de la patience des lecteurs, on pourrait écrire un volume sur la *tutelle administrative* pour établir son utilité; car M. Reverchon en a bien écrit un fort intéressant sur un seul des actes de la tutelle des communes : *l'autorisation à elles nécessaire pour plaider ;* mais je pense en avoir dit assez pour démontrer la fausseté de l'opinion des hommes considérables qui combattent cette idée.

Ceci posé, il est nécessaire de passer en revue les différentes espèces d'affaires dont s'occupe la loi du 24 juillet 1867, si l'on veut connaître en quoi elle a dérogé aux dispositions de la législation antérieure.

§ 1er.— *Affaires soumises à la disposition des conseils municipaux.*

La loi du 18 juillet 1837 ne rangeait que quatre espèces d'affaires dans cette catégorie ; la loi de 1867 en ajoute neuf, savoir : 1°, etc. (voir le texte).

I. L'article 18 de la loi de 1837 est applicable aux neuf espèces d'affaires (loi de 1867, art. 6), c'est-à-dire que le préfet a le pouvoir d'annuler la délibération municipale ou de suspendre son exécution. En cela la loi nouvelle fait de la décentralisation.

Mais cependant cette décentralisation n'est pas aussi complète que celle de 1837, en ce sens que le pouvoir municipal est moins étendu sur ces affaires qu'il l'est sur celles mentionnées dans la loi de 1837; car la loi de 1867 donne au maire un droit de *veto* qui ne lui appartenait pas antérieurement. Elle porte en effet que « En cas de désaccord entre le maire et le conseil municipal, la délibération ne sera exécutoire qu'après approbation du préfet. » Cette disposition qui étend les pouvoirs du maire, étant exorbitante de l'ancienne

Digitized by Google

législation qui est de droit commun en matière municipale, ne s'appliquera qu'aux nouvelles attributions pour lesquelles elle est faite, et non à celles de l'article 17 de la loi de 1837 (V. en ce sens le rapport de M. Bonjean au Sénat (*Moniteur* de 1847, p. 932, art. 4).

Le projet de la loi portait dans l'article 1er : « Les conseils municipaux règlent par leurs délibérations, *sur la proposition du maire*, les affaires ci-après, etc. » La commission du Corps législatif a demandé et obtenu la suppression des mots *sur la proposition du maire*, afin que l'initiative ne fût pas exclusivement réservée au maire (V. rapport de M. Sénéca, *Moniteur*, 1867, p. 413, art. 6, et circ. min. de l'Int. du 3 août 1867).

Pour les acquisitions, le nouveau pouvoir attribué aux conseils municipaux est limité au cas où la dépense jointe à celle des autres acquisitions votées dans la même année ne dépasse pas le dixième des revenus ordinaires de la commune. Le calcul devra être basé non sur le total des recettes ordinaires figurant au budget de l'exercice courant, mais sur une moyenne de ces recettes établie d'après les comptes administratifs des trois dernières années. La même observation s'applique aux travaux des grosses réparations et d'entretien, lorsque les devis réunis à ceux déjà votés dans la même année n'excéderont pas le cinquième des revenus municipaux ordinaires (V. circ. min. du 3 août 1867).

Le n° 2 de l'art. 1er de la loi de 1867 modifie le n° 2 de l'article 17 et le n° 3 de l'art. 19 de la loi de 1837, en établissant uniformément pour les baux à loyer comme pour les baux à ferme, de dix-huit ans, le pouvoir des conseils municipaux de régler définitivement les conditions de ces baux, tandis qu'auparavant ce pouvoir ne s'étendait pas au delà d'une durée de neuf années pour les baux à loyer (V. le rapport de M. Sénéca.)

II. L'art. 2 de la loi de 1867 étend les pouvoirs des conseils municipaux sur leurs budgets, en modifiant le pouvoir illimité qu'avaient les préfets, en vertu de l'art. 37 de la loi de 1837, de *rejeter* ou de *réduire* les dépenses communales. Il en résulte que les conseils municipaux pourront disposer souverainement des excédants de leurs recettes ordinaires sur leurs dépenses obligatoires, sans que l'autorité supérieure puisse modifier ou réduire l'emploi qu'ils en feront : il faut pour cela que le budget communal pourvoie à toutes les dépenses obligatoires et

Digitized by Google

qu'il n'applique aucune recette extraordinaire aux dépenses soit obligatoires soit facultatives.

Toutefois ils pourront y appliquer le produit des centimes spéciaux votés en vertu, soit de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, soit de la loi du 15 mars 1850 pour l'enseignement primaire, soit de ceux destinés au salaire des gardes champêtres. Ce sont là, en effet, des ressources annuelles et ordinaires (V. circ. min. du 3 août 1867).

III. *Impositions extraordinaires et emprunts* (art. 3, 5, 6, 7, de la loi de 1867).

L'art. 3 investit les conseils municipaux du droit de *régler* par un simple vote 1° dans la limite du maximum fixé chaque année par le conseil général, en exécution de la loi du 18 juillet 1866, art. 4, des contributions extraordinaires n'excédant pas cinq centimes pendant cinq années, pour en affecter le produit à des dépenses extraordinaires d'utilité communale ; 2° trois centimes extraordinaires exclusivement affectés aux chemins vicinaux ordinaires ; 3° des emprunts remboursables en cinq ans, sur le produit de ces cinq centimes ou dans douze ans sur les revenus ordinaires.

C'est là de la décentralisation excessive ; car ces votes de centimes extraordinaires et d'emprunts ne sont subordonnés à aucune approbation du préfet ou d'autre autorité supérieure. Le préfet a seulement le droit d'annulation ou de suspension (art. 6), à moins qu'il n'y ait dissentiment entre le maire et le conseil municipal (art. 3, § final). Mais ce n'est pas là une garantie, le maire qui est chargé de l'emploi des contributions extraordinaires et des emprunts, ayant un intérêt de vanité dans ces votes, afin d'illustrer son règne, est toujours plutôt disposé à étendre qu'à restreindre la limite de ces ressources. La seule garantie est le concours obligé des plus imposés dans les communes dont les revenus sont inférieurs à cent mille francs (dit art. 6).

Le maximum fixé par le conseil général de la Côte-d'Or, dans sa session de 1867, est de vingt centimes. On ne doit pas comprendre dans ce maximum 1° les centimes spéciaux votés en vertu des lois du 21 mai 1836 et 15 mars 1850 ; 2° ceux destinés au service de l'instruction primaire, en vertu de la loi du 10 avril 1867, article 8 ; 3° ceux affectés par la présente loi (art. 3) aux chemins vicinaux *ordinaires* (V. circ. min. 3 août

Digitized by Google

1867); 4° ceux votés pour le traitement des gardes champêtres, en vertu de la loi du budget du 31 juillet 1867, article 16, portant sur les quatre contributions directes par la raison que les gardes champêtres peuvent rechercher les contraventions de police, et non plus seulement les simples délits ruraux (loi du 24 juillet 1867, art. 20).

Le mot *ordinaires* dont se sert la loi de 1866 comprend-il seulement les chemins vicinaux *simples* ou bien encore les chemins vicinaux d'*intérêt commun?* Il faut, je pense, décider que ces derniers chemins sont exclus de l'affectation faite par la loi de 1867 des trois nouveaux centimes extraordinaires qu'il met à la disposition des conseils municipaux : car la loi du 18 juillet 1866, met ces chemins en dehors des chemins vicinaux ordinaires, en ce que les conseils généraux sont appelés à déclarer leur vicinalité, comme celle des chemins de grande communication. C'est aussi l'opinion adoptée par le ministre de l'intérieur dans la circulaire du 3 août 1867, contrairement à celle de M. Godoffre dans le *Journal du droit administratif* de M. Ad. Chauveau, 1867, p. 318.

Aux termes de l'article 5 de la loi de 1867, les conseils municipaux *votent*, mais *sauf approbation du préfet*, 1° les contributions extraordinaires qui dépasseraient cinq centimes, sans excéder le maximum fixé par le conseil général et dont la durée ne serait pas supérieure à douze ans ; 2° les emprunts remboursables sur ces mêmes contributions extraordinaires ou sur les revenus ordinaires dans un délai excédant douze années.

Je m'associe complétement aux craintes manifestées par M. Bonjean dans son remarquable rapport au Sénat sur la loi municipale de 1867 : « n'est-il pas à craindre, dit-il, qu'avec les facilités si grandes qu'offre la loi nouvelle, les taxes et les dettes communales dont ce rapport a déjà signalé l'énorme accroissement, ne prennent à l'avenir un essor plus rapide encore ; créant ainsi pour des éventualités qu'il n'est pas interdit de prévoir, de sérieux embarras pour la situation financière du pays (V. *Moniteur* de 1867, p. 932, col. 5). Contre ces redoutables éventualités, il ne reste que la faible digue du concours des plus imposés dans les communes dont les revenus sont inférieurs à cent mille francs (loi de 1867, art. 6).

Les articles 3 et 5 qui viennent d'être analysés semblent n'é-

Digitized by Google

tablir aucune distinction entre les impositions *extraordinaires* destinées *aux dépenses obligatoires* et celles qui ont pour objet des *dépenses purement facultatives*. Les unes et les autres paraîtraient devoir être votées directement par les conseils municipaux ou approuvées par les préfets dans la limite du maximum fixé par le conseil général.

Cette opinion n'a pas été adoptée par le ministre de l'intérieur qui se fonde sur ce que les articles 3 et 5 ne mentionnent que les impositions extraordinaires pour *dépenses extraordinaires* (V. dit art. 3), d'où il conclut que la loi nouvelle paraît avoir laissé en vigueur l'art. 40 de la loi du 18 juillet 1837 pour le cas où les centimes votés chaque année pour faire face aux dépenses facultatives continueront à être autorisés par décrets comme par le passé (V. circ. du 27 août 1867 ; *Bull. min.*, 1867, p. 400).

Art. 7. Les articles 40 et 41 de la loi de 1837 exigeaient l'intervention du Corps Législatif pour toute demande d'imposition et d'emprunt formée par les communes ayant un revenu supérieur à cent mille francs.

Aux termes de l'article 7 de la loi nouvelle, toute contribution extraordinaire dépassant le maximum fixé par le conseil général et tout emprunt remboursable sur ressources extraordinaires, dans un délai excédant douze années, sont autorisés par décret impérial. Le décret est rendu en conseil d'État, s'il s'agit d'une commune ayant un revenu supérieur à cent mille francs. Il est statué par une loi si la somme à *emprunter* dépasse un million, ou si ladite somme réunie au chiffre d'autres emprunts non encore remboursés dépasse un million.

Il résulte de là que l'intervention législative disparaît complétement pour toutes les impositions extraordinaires communales, quel qu'en soit le montant. Cette intervention n'est plus réservée que pour les emprunts et seulement lorsque le chiffre des emprunts dépasse un million. Il n'y a donc plus à se préoccuper comme le voulait la loi de 1837, de l'importance du revenu des communes, mais seulement de celle de la somme à emprunter. Quoique le concours des plus imposés ne soit point rappelé dans l'article 7, il est incontestable qu'il continue à être nécessaire dans les cas prévus par l'article 42 de la loi de 1837 (V. circ. min. du 3 août 1837).

Telles sont les distinctions et les règles nouvelles à observer

Digitized by Google

pour les contributions extraordinaires volontaires et les emprunts des communes. Ces règles et ces nuances fort subtiles seront souvent difficiles à saisir pour les conseils municipaux : elles seront impossibles à apprécier pour les tiers-prêteurs qui n'auront pas en leur possession les éléments de fait qui servent à déterminer la compétence du seul conseil municipal, de ce conseil avec l'approbation du préfet, de l'Empereur seul, de l'Empereur en Conseil d'Etat et enfin du législateur. C'est un labyrinthe dont il est difficile de saisir tous les fils, surtout lorsque ces fils dépendent d'une série de faits compliqués et inconnus des contribuables et des prêteurs. Et cependant si toutes ces conditions si compliquées ne sont pas observées, il en résultera que la commune ne sera point régulièrement obligée à rendre les sommes empruntées et que les prêteurs seront exposés à perdre leur argent. C'est encore là un des moindres inconvénients de cette loi qui en renferme bien d'autres.

Art. 4. Un vice de méthode qui saute aux yeux des moins clairvoyants, c'est l'intercalation de l'article 4 de la loi de 1867 au milieu des textes relatifs à la compétence des diverses autorités qui sont appelées à concourir à l'établissement des centimes extraordinaires et des emprunts. Sa place était à la suite de l'article 7 ou mieux encore sous le titre IV portant pour rubrique : *dispositions diverses.*

Cet article étend aux centimes additionnels communaux, ordinaires et extraordinaires une disposition insérée dans la loi du 18 juillet 1866 (art. 6) sur les conseils généraux, en faisant supporter aux bois et forêts de l'État, les charges communales pour la moitié de leur valeur imposable. Le motif pour lequel l'État ne supporte que la moitié au lieu de la totalité des centimes départementaux et communaux, c'est qu'il en est dont il ne tire aucun profit, tels que ceux établis pour l'instruction primaire et les cultes. C'est à titre de transaction que la part de l'État a été fixée à la *moitié* dans les *centimes additionnels affectés aux dépenses des communes.*

Art. 8, 9, 10. *Règles sur les octrois.* — L'article 8 reproduit les règles relatives à l'établissement des taxes d'octroi établies par l'ordonnance du 9 décembre 1814, article 6, et maintenues par le décret du 24 mars 1852. Tab. A. lettre *q.* C'est-à-dire la nécessité d'un décret rendu en Conseil d'État.

Digitized by Google

Mais l'article 9 soumet au pouvoir réglementaire du conseil municipal dans les conditions déterminées par l'article 18 de la loi du 18 juillet 1837, les délibérations prises par les conseils municipaux concernant :

1° La *suppression* ou la *diminution* des taxes d'octroi ;

2° La *prorogation* des taxes *principales* d'octroi pour cinq ans au plus.

3° L'augmentation des taxes jusqu'à concurrence d'un décime pour cinq ans au plus ; sous la condition toutefois qu'aucune des taxes ainsi maintenues ou modifiées n'excèdera le maximum *déterminé dans un tarif général* qui sera établi, après avis des conseils généraux, par un règlement d'administration publique, *ou* qu'aucune desdites taxes ne portera sur des objets non compris dans ce tarif.

En cas de désaccord entre le maire et le conseil municipal, la délibération ne sera exécutoire qu'après approbation du préfet.

Quel est le sens du mot *ou* souligné plus haut ? M. Bonjean, dans son rapport au Sénat, se demande : « n'est-ce pas *et* qu'il faudrait dire ? » Je crois que cette question doit se résoudre affirmativement : et c'est dans ce sens qu'elle est résolue par la circulaire ministérielle du 3 août 1867, dans laquelle le texte de la loi est ainsi paraphrasé : « *et* si d'ailleurs les taxes ne portent que sur des objets compris dans ce tarif. »

Suivant l'article 10, sont exécutoires sur l'*approbation du préfet* les délibérations ayant pour but :

« La prorogation des taxes additionnelles actuellement existantes ;

« L'augmentation des taxes principales au delà d'un dixième ; dans les limites du maximum des droits et de la nomenclature des objets fixés par le tarif général. »

Cet article remplace ici l'approbation du décret en conseil d'État par celle du préfet, c'est-à-dire que la décentralisation opérée par l'article 10 est moins radicale que celle de l'article précédent qui dispense de toute approbation les délibérations du conseil municipal et les soumet seulement au pouvoir d'annulation et de suspension conféré au préfet par la loi de 1837, article 18.

Les trois articles de la loi de 1867 concernant les octrois ne changent rien aux dispositions des lois antérieures relatives

Digitized by Google

aux surtaxes sur les boissons. On sait qu'aux termes de la loi du 22 juin 1854, article 18, une loi spéciale est nécessaire pour établir, proroger ou modifier ces surtaxes. Il semble que ce devrait être une barrière suffisante contre l'exagération de ces taxes indirectes, si souvent exorbitantes. Mais l'expérience prouve qu'il n'en est rien; car je ne crois pas que jamais le pouvoir législatif ait refusé de sanctionner ces mesures : de sorte que sa sanction est devenue une pure formalité,

L'article 11 simplifie les formes relatives à l'établissement des marchés d'approvisionnement, en supprimant l'avis préalable des conseils d'arrondissement et des conseils généraux ; mais il laisse subsister l'approbation du préfet, prescrite par le décret du 25 mars 1852 (tabl. B, n° 2). Il n'est rien innové quant aux foires et aux marchés de bestiaux. (V. Exposé des motifs.)

Art. 12. *Emprunts des établissements de charité.* — Les emprunts des hospices et hôpitaux étaient assimilés, quant à leur approbation, à ceux des communes par la loi du 7 août 1851, article 9-10. Du moment que la loi nouvelle décentralisait les formes requises pour les emprunts communaux, il était naturel de décentraliser les fermes des emprunts des hospices et autres établissements charitables des communes ; c'est ce que fait d'une manière très-claire l'article 12 de la loi de 1867. Les règles à suivre ne sont pas tout à fait les mêmes que pour les emprunts communaux. Ainsi notamment une loi est nécessaire lorsque la somme à emprunter dépasse 500,000 francs, tandis que pour les communes il faut que la somme dépasse 1,000,000. La raison de cette différence est que les communes sont représentées par des conseils électifs, tandis que les hospices et les bureaux de bienfaisance le sont par des commissaires choisis par l'autorité administrative.

Le ministre de l'intérieur, par sa circulaire du 3 août 1867, enjoint aux préfets, toutes les fois que l'emprunt aura pour objet les constructions, l'agrandissement ou la reconstruction de ces établissements, de lui adresser, avant de les approuver, les plans et devis de ces travaux, afin de les soumettre à l'examen du conseil des inspecteurs généraux des établissements de bienfaisance. C'est faire de la centralisation dans le genre de celle qui existait autrefois pour les communes dans la loi du 18 juillet 1837, article 45, lequel a été abrogé par le

Digitized by Google

décret du 25 mars 1852 (tabl. A, n° 49), et par conséquent c'est aller contre le texte et l'esprit de la législation, que de rétablir par voie de simple circulaire une formalité de nature à entraver les travaux dont il s'agit.

Art. 13. *Changements de circonscriptions territoriales.* — Cet article aurait dû être placé en tête de la loi et dans une division séparée, afin de se conformer à l'ordre méthodique suivi dans la loi du 18 juillet 1837, dont celle de 1867 est une modification.

Il suffit de lire le texte de l'article pour le comprendre. Ce qu'il importe de remarquer, c'est que le chiffre de la population de la commune n'est plus d'aucune considération pour déterminer la compétence de l'autorité appelée à statuer, à la différence de ce qui avait lieu d'après la loi du 18 juillet 1837, article 4.

Du reste, rien n'est changé quant aux formes de l'instruction qui doit préparer les décisions relatives à ces rectifications.

Art. 14. *Création des bureaux de bienfaisance.* — Cet article délègue aux préfets la création de ces bureaux, que le décret du 25 mars 1852, tableau A, lettre Y, avait réservée au gouvernement. Cette décentralisation n'offre point d'inconvénients, par la raison que les bureaux de bienfaisance, n'étant chargés que de la distribution des secours à domicile, si leurs ressources viennent à diminuer ou à défaillir, cela n'offre pas les mêmes dangers que l'extinction des hospices, qui obligerait à mettre les malades sur le pavé. D'une autre part, les bureaux de bienfaisance n'attirent pas les dons et legs avec la même intensité que les hôpitaux ou les hospices, parce qu'ils ne flattent pas autant la vanité des fondateurs ou donateurs, en ce qu'ils ne se manifestent pas aux regards du public, comme les bâtiments des hôpitaux qui sont nécessaires pour recevoir et loger les malades et les personnes chargées de les soigner.

Art. 15, 16 *et* 17. *Dispositions concernant les villes ayant trois millions de revenu.* — Art. 15. L'art. 15 fait de la centralisation en enlevant aux préfets le règlement des budget des villes ayant au moins trois millions de revenus qui leur appartenait, lorsque ces budgets ne donnaient pas lieu à des impositions extraordinaires (V. déc. 25 mars 1852, tabl. A, n° 35). Il enlève également aux sous-préfets, au delà du même chiffre de trois millions de revenus, les budgets des bureaux de bien-

Digitized by Google

faisance qui leur étaient dévolus par le décret du 13 avril 1861, art. 6, n° 14.

La circulaire ministérielle du 3 août 1867 fait remarquer avec raison que les articles 3 et 5 de la loi du 24 juillet précédent, combinés avec la disposition précitée du décret de 1852, qui réserve aux préfets seulement les budgets qui contiennent des impositions extraordinaires, entraînent par voie de conséquence, en faveur des préfets, une extension de pouvoir non formellement écrite dans la loi nouvelle. En effet, la restriction écrite dans le décret de 1852, en ce qui concerne les budgets donnant lieu à des contributions extraordinaires, avait pour objet d'empêcher que les préfets pussent engager à l'avance la décision du gouvernement, en ce qui concerne une imposition extraordinaire. Il suit de là qu'il n'existe plus aucune raison pour soumettre à l'approbation du gouvernement les budgets communaux où se trouve formulée la demande d'une imposition extraordinaire, si cette imposition extraordinaire est susceptible d'être votée directement par le conseil municipal, ou si le droit de l'approuver rentre dans la compétence des préfets. Dans l'un et l'autre cas l'approbation du budget appartient au préfet, qui, de plus, est compétent, aux termes de l'article 33 de la loi du 18 juillet 1837, pour approuver les budgets de toutes les communes dont les revenus sont inférieurs à 100,000 francs.

Art. 16. *Loi de* 1867. — Le décret du 25 mars 1852, tabl. A, n°48, combiné avec l'ordonnance du 14 novembre 1837, article 2, donnait aux préfets l'approbation de tous les marchés de travaux ou de fournitures que les communes peuvent passer de gré à gré avec des entrepreneurs, dans le cas où il est permis de les dispenser de recourir à la voie de l'adjudication. L'article 16 de la loi de 1867 enlève ce pouvoir aux préfets, à l'égard des traités à passer pour l'exécution par entreprises des travaux d'ouverture des nouvelles voies publiques et de tous autres travaux communaux déclarés d'utilité publique, dans les villes ayant au moins trois millions de revenus. Ces marchés devront être approuvés par des décrets soumis au Conseil d'État, à raison des graves intérêts qui s'y trouvent engagés, soit sous le rapport des travaux de ces villes, soit sous le rapport des conséquences qu'entraînent ces travaux à l'égard des particuliers à exproprier.

Digitized by Google

Il en est de même des traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de plus de trente années, des grands services municipaux desdites villes, ainsi que des tarifs et traités relatifs aux pompes funèbres (dit art. 16). Il résulte de là que ces tarifs et traités se retrouvent placés dans ces villes sous le régime établi par le décret du 18 mai 1806 (V. circ. min., 3 août 1867).

Art. 17. *Loi du 24 juillet 1867.* — En ce qui concerne la ville de Paris et la ville de Lyon, à raison de l'importance de leurs budgets et du régime spécial sous lequel elles sont placées, l'article 17 fait deux parts des affaires les concernant : la première comprend toutes les affaires courantes, et la deuxième embrasse les impositions extraordinaires et les emprunts. Pour la première catégorie d'affaires, la loi nouvelle laisse ces deux villes sous le régime ordinaire, applicable aux autres communes, quant aux attributions de leur conseil municipal, telles qu'elles résultent des dispositions de la loi du 18 juillet 1837 et du décret du 25 mars 1852, qui sont encore en vigueur (dit art. 17).

Le corps municipal de Paris cessera donc d'être placé sous le régime incertain et transitoire sous lequel l'avait laissé l'article 74 de la loi du 18 juillet 1837 : ses fonctions seront désormais soumises aux règles du droit commun (V. circ. min. de l'int. du 12 août 1867 ; *Bull. min. de l'int.*, 1847, p. 396).

Néanmoins les délibérations prises par les conseils municipaux de ces villes sur les objets énumérés dans les articles 1 et 9 de la loi de 1847, ne seront exécutoires, en cas de désaccord entre le préfet et le conseil municipal, qu'en vertu d'une approbation donnée par décret impérial. Cette réserve est une conséquence de ce que à Paris et à Lyon les fonctions de maire central sont remplies par le préfet de la Seine et le préfet du Rhône qui, dès lors, en cas de dissentiment entre eux, en leur qualité de maire, et leur conseil municipal, ne pourraient pas décemment être, en leur qualité de préfet, appelés à vider ce conflit (Conf. circ. min. de l'int. du 12 août 1867; *Bull. min. de l'int.*, 1867, p. 396).

Aucune imposition extraordinaire ne peut être établie dans les villes de Paris et de Lyon, aucun emprunt ne peut être contracté par elles, sans qu'elles y soient autorisées par une

Digitized by Google

loi (dit art. 17). Cela s'explique par l'importance de leur budget. Cette disposition est analogue à celle de la loi du 18 juillet 1866, sur les conseils généraux, qui défend au département de la Seine d'établir aucune imposition extraordinaire, ni de contracter aucun emprunt, sans y être autorisé par une loi.

Il n'est pas dérogé aux dispositions spéciales concernant l'organisation des administrations de l'Assistance publique, du Mont-de-Piété et de l'octroi de Paris (dite loi du 24 juillet 1867, art. 17).

Il est manifeste que la loi ne déroge pas non plus au décret du 9 janvier 1861, qui réserve au gouvernement central l'approbation du budget de la ville de Paris.

Art. 18. *Loi du* 24 *juillet* 1867. *Renouvellement des conseils municipaux.* — Nous arrivons à la disposition la plus importante de la loi nouvelle, bien qu'elle n'ait aucune espèce de rapport avec la décentralisation : c'est celle qui fixe à sept ans la durée des fonctions des conseillers municipaux avec renouvellement intégral à l'expiration de ce délai. Sans remonter à une époque éloignée, on sait que la loi de 1831 avait fixé cette durée à six ans, avec renouvellement par moitié tous les trois ans, à quoi la loi du 5 mai 1855 avait substitué celle de cinq ans avec renouvellement intégral.

Le projet de loi du gouvernement proposait d'adopter une durée de neuf années avec renouvellement *par tiers* tous les trois ans, comme cela se pratique pour les conseils généraux. C'était rentrer dans l'esprit de la loi de 1831, qui consistait à éviter les soubresauts qu'entraîne le renouvellement intégral : ce qui rompt les traditions et cause des perturbations qui souvent arrêtent les travaux commencés et influent non-seulement sur le personnel des conseils municipaux, mais sur celui des employés principaux des mairies, qui sont changés à la suite de ces renouvellements généraux. C'est ce qui est arrivé sous l'empire de la loi de 1855, dans la ville de Dijon, lors des dernières élections municipales de 1865, et il suffit d'avoir été témoin de ces profondes perturbations pour être opposé au système du renouvellement intégral, aggravé par la loi nouvelle qui prolonge la durée des fonctions des conseillers municipaux. En effet, plus cette année se prolonge, plus il est vraisemblable que l'opinion des élus s'éloignera de celle des électeurs appelés à les remplacer, et par conséquent plus il est probable que la

Digitized by Google

composition d'un nouveau conseil différera de l'ancien conseil renouvelé.

La commission du Corps législatif a donné pour motif de son rejet de la proposition du gouvernement, que les élections trop fréquentes troublent la population, et elle attribuait cet effet à des élections triennales mêmes partielles. Cette opinion était sans fondement ; et d'ailleurs si cet inconvénient est de nature à se faire sentir, c'est bien certainement dans les communes où le gouvernement se verra dans la nécessité de dissoudre le conseil élu et de le remplacer par une commission municipale choisie. Or, d'après l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867, cette commission ne peut être maintenue en fonctions que pendant trois ans, contrairement à l'article 13 de la loi du 5 mai 1855 qui permettait de conserver ces commissions pour toute la durée qu'aurait eu le conseil municipal qu'elles remplacent. N'y a-t-il pas, dès lors, une contradiction manifeste à repousser le renouvellement triennal *par tiers* dans les communes où les élections se sont faites paisiblement et sans trouble, et à admettre le renouvellement intégral, après trois ans, précisément dans les communes où les élections ont eu lieu avec des résultats reconnus intolérables par l'administration supérieure. On a donné pour raison de la réduction du pouvoir des commissions municipales à trois ans, que les passions, cause de ces élections agitées, auraient le temps de se calmer pendant trois ans. Je réponds que si cela est vrai, on conviendra à bien plus forte raison que, après ce même délai de trois ans, les élections qui se sont opérées paisiblement et sans trouble, pourraient se renouveler partiellement, sans inconvénient, car il est prouvé par l'expérience qu'il y avait moins d'éléments de désordre dans les communes où les élections se sont accomplies en paix et à la satisfaction même du gouvernement, que dans celles où elles n'ont produit que des résultats réputés par lui dangereux et intolérables.

L'article 18 de la loi nouvelle est donc, à mon avis, contraire aux principes d'une bonne administration et en contradiction avec une autre disposition de la même loi. Ce n'est pas seulement à ce point de vue qu'il offre une si grande importance, c'est en outre, ainsi que je l'ai déjà dit, à raison de ce qu'il rompt la coïncidence de la durée des fonctions des maires avec celle des conseils municipaux. En effet, la loi de

Digitized by Google

1867 ne change rien à la durée des fonctions des maires qui était fixée à cinq ans par la loi du 5 mai 1855, article 2.

La rupture de la coïncidence entrait aussi dans le projet du gouvernement, puisqu'il proposait de fixer à neuf ans, avec renouvellement *par tiers* tous les trois ans, la durée des fonctions des conseillers municipaux en laissant celle des maires à cinq ans. La différence entre le projet et l'avis de la commission législative qui a prévalu est donc uniquement dans le renouvellement intégral tous les sept ans. Quant à la coïncidence ancienne, elle a été combattue par M. Duvergier, commissaire du gouvernement, en disant que dans beaucoup d'élections, pour renverser le maire, on renversait tout le conseil municipal. Le gouvernement et les membres de la commission, a-t-il ajouté, ont pensé que c'était là un inconvénient et qu'il fallait y porter remède en rompant la coïncidence. De la sorte, au moment de la lutte électorale, le maire aura un pouvoir devant durer encore un certain nombre d'années, et aucune lutte ne pourra s'engager, ni aucun résultat fâcheux se produire (V. *Moniteur* du 13 avril 1867, p. 450, col. 2 et 3).

A ces observations, M. le marquis d'Andelarre a répondu que le maire a un double caractère ; il est le représentant, le syndic de la commune pour la gestion de ses affaires, et il est, en outre, le délégué de l'administration pour l'exercice de certaines fonctions publiques (V. loi du 15 juillet 1837, art. 9 et 10). La non-coïncidence affaiblira le premier de ces caractères et fera prédominer le second, pour faire du maire un sous-préfet, un fonctionnaire inférieur. Si le gouvernement, a-t-il ajouté, a accepté la proposition du renouvellement intégral tous les sept ans au lieu du renouvellement par tiers tous les trois ans, « c'est que le tentateur est venu mettre à ses pieds tous les royaumes de la terre et qu'il n'a pas eu la force de résister à la tentation. » (V. *Moniteur* 1867, p. 626, art. 6.)

M. Bonjean, dans son rapport au Sénat, termine ses réflexions sur l'article 18 par la phrase suivante : « Sans exagérer l'importance de ces questions, notre commission regrette que le système du projet primitif n'ait pas obtenu la préférence. » (V. *Moniteur*, p. 933, col. 2).

Il importe de remarquer que l'art. 18 de la loi nouvelle ne statue que pour l'avenir, d'où il suit que les pouvoirs des

Digitized by Google

maires actuellement en fonctions expireront en même temps que ceux des conseils municipaux; et par conséquent la non-coïncidence ne commencera à produire des effets qu'après le laps de cinq ans, à partir des prochaines élections municipales qui s'accompliront en 1870, c'est-à-dire en 1875, à moins de dissolution générale des conseils municipaux.

Dispositions diverses.

Art. 19. La loi du 5 mai 1855 ne fixe pas le délai à observer entre la convocation et la réunion des électeurs appelés à élire les conseillers municipaux. La jurisprudence du conseil d'État décide qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à ce cas le délai de vingt jours fixé par le décret législatif du 2 février 1852, article 4, pour l'élection des députés au Corps Législatif et qu'il suffit d'un délai suffisant (V. ma *Compétence administrative*, n° 1132).

L'article 19 de la loi nouvelle comble cette lacune seulement pour un cas déterminé, c'est-à-dire celui où une commune est divisée en sections pour l'élection des conseillers municipaux, conformément à l'art. 7 de la loi du 5 mai 1855. Cet article prévoit deux hypothèses dans lesquelles la division en sections peut être opérée 1° simplement pour faciliter les votes, mais sans attribuer à chaque section le droit d'élire seule un certain nombre de conseillers; 2° en répartissant entre les sections le nombre des conseillers à élire.

On peut se demander si le délai de dix jours doit être observé dans les deux hypothèses ? L'affirmation ne souffre pas de difficultés dans la seconde, car il faut donner à chaque section électorale le temps de se concerter sur le choix des conseillers qui lui sont attribués. Dans la première hypothèse, on ne voit pas la même nécessité de fixer un pareil nombre de jours, et il semble que la division en sections uniquement pour recueillir les votes ne doive pas faire porter ce délai à un nombre de jours plus grand que si la division en sections n'était pas opérée. Nonobstant cette objection, il me semble que la loi se référant, sans distinction, à l'article 7, *dans le cas où une commune sera divisée en sections pour l'élection des conseillers municipaux*, ce renvoi comprend les deux cas pré-

Digitized by Google

vus par l'article 7 précité. Dans le doute, il y aurait lieu d'adopter cette solution d'après la maxime *favores ampliandi*.

Art. 20. Cet article répond à un vœu que je n'ai cessé de formuler verbalement et par écrit ; d'étendre le pouvoir des gardes-champêtres au droit de constater toutes les contraventions aux règlements de police municipale, même dans l'enceinte des communes (V. mes *Questions de droit administratif*, p. 596, n° 91).

Par une conséquence de cette extension de pouvoir, la loi de finances du 24 juillet 1867, article 20, a décidé que les centimes additionnels extraordinaires pour le traitement des gardes-champêtres qui, d'après la loi du 21 avril 1832, article 13, ne portaient que sur la contribution foncière, s'étendraient à l'avenir sur les quatre contributions directes. Cela est juste, puisque tous les contribuables profiteront du service des gardes-champêtres.

Art. 21. Nul ne peut être maire ou adjoint dans une commune et conseiller municipal dans une autre commune.

La loi du 21 mars 1831, article 18, se bornait à dire : « nul ne peut être membre de deux conseils municipaux. » Cette disposition était alors suffisante pour empêcher d'être maire dans une commune et conseiller municipal dans une autre, puisque tout maire ne pouvait être pris que dans un conseil municipal et cumulait nécessairement cette dernière qualité. L'article 57 de la constitution de 1852 qui a permis de prendre les maires en dehors des conseils municipaux a rendu insuffisante l'incompatibilité écrite dans la loi de 1831 et inscrite dans celle du 5 mai 1855, article 10. C'est là ce qui a rendu nécessaire l'article 21 de la loi de 1867.

Art. 22. Cet article réduit à trois ans la durée possible des commissions municipales nommées en remplacement des conseils municipaux dissous, durée qui, d'après la loi de 1855, art. 13, pouvait se prolonger jusqu'au renouvellement quinquennal. Cette restriction est fondée sur l'idée que le laps de trois ans doit donner aux passions qui ont présidé aux élections le temps de se calmer.

Loi du 24 *juillet* 1867, art. 23.—On sait que dans les villes, chefs-lieux de départements, dont la population excède quarante mille âmes, la loi du 5 mai 1855, article 50, avait transporté aux préfets les attributions de préfet de police, ne lais-

Digitized by Google

sant aux maires que les fonctions de simple édilité. Ce changement, en amoindrissant considérablement les maires, avait augmenté les charges communales, double inconvénient qui a suscité de très-vives réclamations au Corps législatif de la part des membres de la majorité qui étaient en même temps maires de ces grandes villes. Un amendement a été présenté pour demander l'abrogation pure et simple de l'article 50 précité. Après des pourparlers et des discussions assez vives, cet article a été remplacé par l'article 23 de la loi nouvelle qui porte : « L'article 50 de la loi du 5 mai 1855 est abrogé.

« Toutefois, dans les villes, chefs-lieux de départements, ayant plus de quarante mille âmes de population, l'organisation du personnel chargé du service de la police est réglée, *sur l'avis du conseil municipal*, par un décret impérial, le conseil d'État entendu.

« Les inpecteurs de police, les brigadiers, sous-brigadiers et agents de police sont nommés par le préfet, *sur la présentation du maire.*

« Si un conseil municipal n'allouait pas les fonds exigés pour la dépense, ou n'allouait qu'une somme insuffisante, l'allocation nécessaire serait inscrite au budget par décret impérial, le Conseil d'État entendu. »

M. Vuitry a expliqué en ces termes la cause principale du débat soulevé par l'article 50 de la loi de 1855. « L'honorable M. Segris vous a dit tout à l'heure dans quelle situation pénible se trouvait le maire auquel le préfet imposait un agent qui ne lui convenait pas, qui n'avait pas sa confiance. Cela était possible sous l'empire de la loi de 1855, mais cela ne le serait plus sous l'empire de la loi nouvelle, puisque les agents ne pourraient plus être nommés que sur la présentation du maire. » (V. *Moniteur*, 1867, p. 579, col. 5.)

On voit, en effet, en s'attachant aux termes du nouvel article, que l'*organisation* seule du personnel de la police est réglée par un décret, et que le préfet en nomme les agents *sur la présentation du maire.* Conséquemment c'est le maire qui conserve aujourd'hui toutes les attributions de la police municipale; et dès lors le service de la police doit, comme dans les autres villes, être placé à la mairie sous la surveillance du maire. C'est en ce sens que l'article 23 a été expliqué dans le rapport supplémentaire de M. Sénéca : « Messieurs les com-

Digitized by Google

missaires du gouvernement ont fait remarquer que le système pourrait être simplifié en abrogeant l'article 50 de la loi de 1855, en laissant aux maires les attributions qui leur sont conférées par la loi des 16-24 août 1730, 22 juillet 1791, 18 juillet 1837 et par diverses lois spéciales ; que seulement il y avait à retenir l'organisation par décret impérial rendu en Conseil d'État, du service de la police pour chaque ville de la catégorie dont il s'agit, après avis du conseil municipal et la nomination par le préfet du personnel, sur la présentation des maires. Dans ces termes l'entente s'est trouvée établie sans contradiction. » (V. *Moniteur*, 1867, p. 920, col. 6.)

Art. 24 et suivant. — « Toutes, les dispositions de lois antérieures demeurent abrogées en ce qu'elles ont de contraire à la présente loi. »

Cette formule, si commode pour le législateur, fait le désespoir de ceux qui sont obligés d'étudier les lois ou de les appliquer. A ceux qui, séduits par les avantages qu'offre la codification des lois civiles, de procédures commerciales et criminelles, demandent la codification des lois administratives, nos législateurs, par la loi départementale du 18 juillet 1866 et la loi municipale du 24 juillet 1867, ont répondu que, bien loin d'accéder à ce vœu, ils entendaient compliquer et augmenter la difficulté de l'étude des lois administratives, en détruisant la symétrie antérieure qui avait condensé dans une loi l'organisation et dans une autre les attributions des conseils soit départementaux soit municipaux.

Nous pouvons maintenant apprécier le caractère dominant de la loi nouvelle, c'est la faculté accordée aux communes de se ruiner, ainsi que leurs habitants et les propriétaires forains au moyen d'emprunts et de contributions extraordinaires. Il est difficile que ce résultat ne soit pas produit par la combinaison de la loi départementale du 18 juillet 1866 avec la loi communale de 1867. En effet voici le nombre des centimes que les conseils départementaux et communaux peuvent voter :

Centimes départementaux.

En combinant la loi du 18 juillet 1846 avec la loi de finances du 31 juillet 1867, les conseils généraux peuvent voter :

Digitized by Google

Centimes ordinaires additionnels aux contributions foncière et personnelle mobilière. 0,25
Centimes ordinaires additionnels aux quatre contributions directes. 0,11
Centimes extraordinaires additionnels au principal des quatre contributions directes. 0,12
Centimes spéciaux pour le cadastre. 0,05

Total des centimes mis à la disposition des conseils généraux de départements. 0,53
Sans préjudice de ceux qui, au delà du maximum, peuvent être autorisés par des lois spéciales. . . . *Mémoire.*

Centimes communaux.

Centimes ordinaires, en vertu de la loi annuelle du budget. 0,05
Centimes extraordinaires (loi du 18 juillet 1866, art. 4). 0,20
Centimes pour chemins vicinaux (loi du 21 mai 1836, art. 2). 0,05
Centimes exclusivement affectés aux chemins vicinaux ordinaires (loi des 24 juillet 1867, art. 3). . . . 0,03
Centimes pour l'instruction primaire (loi du 15 mars 1850, art. 40). 0,03
Centimes, en vertu de la loi du 10 avril 1867, art. 8. 0,04

Total. 0,40

Sans préjudice des autres contributions extraordinaires dépassant le minimum fixé par le conseil général, et qui peuvent être autorisées par un décret ou par une loi (loi du 24 juillet 1867, art. 7).

M. Bonjean, dans son rapport au Sénat sur la loi de 1867, après avoir rappelé les centimes extraordinaires et les emprunts permis aux communes par la loi de 1867, fait au nom de la commission les sages réflexions suivantes : « Ce sont là assurément deux rares innovations. S'il plaisait aux conseils généraux d'adopter le maximum de 20 centimes autorisé par la loi du 18 juillet 1866, art. 4, il faudrait reconnaître que la plupart des impôts extraordinaires échapperaient à tout contrôle ou n'auraient à subir que les contrôles des préfets dont

Digitized by Google

nous avons déjà signalé les causes de faiblesse. N'est-il pas à craindre qu'avec les facilités si grandes qu'offre la loi nouvelle, les taxes et les dettes communales dont ce rapport a déjà signalé l'énorme accroissement, ne prennent, à l'avenir, un essor plus rapide encore, créant ainsi, pour des éventualités qu'il n'est pas interdit de prévoir, de sérieux embarras pour la situation financière du pays? Si ces considérations ne sont pas suffisantes pour soumettre ce projet à un nouvel examen, au moins doivent-elles appeler sur cette partie de la loi la sérieuse attention de ceux qui doivent en diriger l'exécution? » (V. *Moniteur*, 1867, p. 932, col. 5.)

Rien n'est plus sensé que ces réflexions, car l'expérience de tous les temps a prouvé que les conseils électifs sont toujours portés à user jusqu'à l'extrême limite des pouvoirs à eux conférés pour faire des dépenses et pour se procurer les moyens de les acquitter. Il est si doux de paraître libéral et de se faire des partisans et des créatures en puisant dans la bourse d'autrui, qu'il y a bien peu d'hommes en état de résister à une pareille tentation.

Ajoutez le sentiment de vanité qui chatouille agréablement ceux qui font exécuter les travaux auxquels ils attachent une idée de gloriole pour eux et pour leur famille, et vous comprendrez aisément comment les charges de toute nature qui pèsent sur les contribuables arrivent à un excès qui, un beau jour, se trouve intolérable. La plupart des individus ont si peu de prévoyance pour eux-mêmes et pour leurs propres affaires; comment serait-il possible d'exiger d'eux qu'ils en eussent davantage pour les affaires publiques? La plaie de la loi communale de 1867, de même que celle de la loi départementale de 1866, sera donc une aggravation des charges des contribuables et un affaiblissement des forces nationales : car on ne saurait trop répéter que la force des états, de même que celle des particuliers, consiste principalement dans de bonnes finances. C'est une vérité dont chacun peut se convaincre en examinant son propre budget et celui de ses voisins, comme le dit Rabelais :

Deficiente pecu- deficit omne, nid.

Si la loi de 1867 décentralise les affaires en augmentant beaucoup les attributions des corps municipaux et en leur

Digitized by Google

donnant la facilité d'imposer les communes et de les ruiner, il n'en est pas de même au point de vue du pouvoir proprement dit : bien loin d'amoindrir l'autorité de l'administration supérieure, elle la fortifie notablement. D'abord, en ce qui concerne les affaires, elle réserve toujours le droit d'annulation ou de suspension que les préfets tiennent de la loi du 18 juillet 1837, article 18, et elle étend cette autorité à tous les cas qu'elle fait rentrer dans le pouvoir de régler, de voter ou de statuer, accordé aux conseils municipaux (V. loi de 1867, art. 6 et 9). D'une autre part, cette loi nouvelle rend les conseils municipaux plus indépendants des électeurs, en prolongeant leur durée à sept ans avec le renouvellement intégral. Sept ans dans la vie des corps politiques est la moitié de ce *grande spatium ævi* signalé par Tacite. Pour beaucoup de conseillers municipaux nommés à un âge déjà avancé, c'est une espèce de bail à vie et l'époque de l'expiration de leur mandat leur devient presque indifférente.

Toutefois, ce n'est pas encore là qu'est le caractère saillant de la loi, il est dans l'extension de pouvoirs donnés aux maires, extension qui résulte de deux mesures nouvelles : 1° le droit de *veto* sur les délibérations municipales (art. 1, 3, 9); 2° la non coïncidence du renouvellement de leurs fonctions avec celles des conseillers municipaux. Par la première de ces prérogatives, le maire seul fait échec au conseil municipal entier; et comme il est habituellement mieux noté à la préfecture que son conseil, il a toutes les chances de l'emporter dans les luttes qu'il peut avoir à soutenir contre lui. De là pour lui une cause notable d'influence. Au moyen de la deuxième prérogative combinée avec la faculté d'être choisi en dehors du conseil, la qualité de délégué de l'administration l'emporte infiniment sur celle de syndic de la corporation communale; celle-ci n'est plus que secondaire et le maire est naturellement porté à tourner ses regards du côté de la source de son autorité et à subordonner de plus en plus ses pouvoirs de syndic de l'association communale à ceux qu'il exerce comme délégué de l'autorité supérieure. On ne peut pas se dissimuler que c'est là un nouveau pas très-considérable dans la divergence de la double qualité des maires, et un moyen de fortifier l'action de l'autorité préfectorale dans chacune des communes de France.

Digitized by Google

La loi de 1867 a opéré un mouvement en sens inverse dans les communes chefs-lieux de département ayant au moins quarante mille habitants, en restituant à leurs maires, sauf une restriction assez minime, les attributions de police que la loi du 5 mai 1855 leur avait enlevées. Cette disposition tend seulement à ramener ces villes au régime municipal des autres communes, et à faire cesser les conflits incessants que l'état de choses transitoires de 1855 à 1867 avait fait naître entre leurs maires et l'autorité préfectorale. Il rehausse les fonctions des maires en leur donnant plus d'autorité sur les communes et les agents de la police rurale qui avaient échappé à leur influence. L'administration centrale n'a rien à perdre au vernis replacé sur les maires des grandes villes qui seront mieux disposés à lui rendre en dévouement et en action sur leurs conseils municipaux ce qu'ils ont gagné par l'effet de la loi nouvelle : ils seront mieux placés pour remplir leur rôle, qui est d'être le trait d'union entre le préfet et le conseil municipal de la ville chef lieu du département.

En résumé on voit que, bien que la loi de 1867 soit regardée comme une loi de décentralisation, l'administration supérieure ne perdra rien de son influence ; que celle des maires grandira et que les charges des contribuables s'augmenteront dans une proportion très-considérable. Ce dernier résultat me touche et m'inquiète grandement sous plusieurs rapports.

SERRIGNY.

EXTRAIT DE L'ENQUÊTE SUR LA LÉGISLATION RELATIVE AU TAUX DE L'INTÉRÊT DE L'ARGENT.

(Séance du 2 août 1864.)

Déposition orale de M. Pellat,
membre de l'Institut, doyen de la Faculté de droit.

M. le Président (M. de Parieu, Vice-Président du Conseil d'État). Monsieur le Doyen, vous avec reçu un Questionnaire contenant différentes questions faites au point de vue des diverses qualités professionnelles des personnes que nous désirons entendre. Voulez-vous, parmi ces questions, choisir celles sur lesquelles il vous conviendra de vous expliquer ?

Digitized by Google

M. Pellat. Je vais suivre le Questionnaire et répondre d'abord aux questions générales.

QUESTIONS GÉNÉRALES.

Première question.— Que faut-il penser de la limite de l'intérêt du prêt d'argent suivant les principes du droit et de l'économie politique? L'argent doit-il être considéré comme une marchandise ordinaire?

Je crois qu'on ne doit fixer aucune limite au taux de l'intérêt de l'argent, pas plus qu'au prix des marchandises. Je suis convaincu que l'argent doit être traité comme toutes les marchandises, puisque sa fonction spéciale est de donner le moyen de se procurer toutes les autres choses utiles.

Je sais que plusieurs jurisconsultes conservent des doutes, je dirai des préjugés sur la question de l'intérêt de l'argent; mais je n'ai jamais partagé leur opinion. En même temps que j'étudiais le droit, j'étudiais l'économie politique. Sur ce point, mon opinion s'est formée depuis longtemps, et l'expérience n'a fait que la confirmer.

Je ne vois pas pourquoi on limiterait le taux auquel j'emprunte l'argent, lorsqu'on ne peut pas limiter le taux auquel j'emprunte, pour ainsi dire, les marchandises. Si j'achète des marchandises à crédit, il est certain qu'on me les vendra plus cher que si je les paye comptant. Si, après les avoir achetées à crédit, je viens payer avant l'échéance, il est certain qu'on me fera un rabais, une remise, ordinairement bien supérieure au taux de l'intérêt légal. Pourquoi donc alors, si je veux acheter des marchandises comptant, ne pourrai-je pas emprunter au taux qui me conviendra et qui conviendra à mon prêteur, puisque, avec l'argent que je me procurerai, je pourrai avoir la marchandise à bien meilleur marché que si je l'achetais à crédit?

Enfin pourquoi, lorsque je veux faire une opération dont j'attends un bénéfice de 20 p. 100, par exemple, ne serait-il pas permis à celui qui a les fonds et qui est disposé à me les prêter, de me les donner à 10 p. 100, de manière à partager avec moi le bénéfice? Quel mal y a-t-il à cela, puisque j'y trouve mon avantage? Quel mal peut-il y avoir, économiquement, moralement, à ce qu'on me prête à un taux que j'accepte et qui me procurera un bénéfice sérieux?

Digitized by Google

Je crois que je ferais injure aux lumières de la Commission, si j'insistais sur ces considérations qui sont élémentaires. Elle connaît les principes de l'économie politique aussi bien que moi. S'il y avait cependant quelque argument sur lequel elle désirât connaître la réponse que je pourrais faire, je suis à sa disposition.

Puisque aucune question ne m'est adressée sur ce point, je vais continuer.

Deuxième et troisième question. — Sur ces deux questions je n'ai pas de renseignements à donner; je n'ai pas étudié les lois étrangères qui se rapportent à ce sujet, et je ne connais pas les résultats qu'ont produits les modifications de la législation sur l'intérêt de l'argent dans les pays étrangers.

Quatrième question. — J'estime qu'il peut y avoir des avantages à fixer un taux légal pour le cas où l'intérêt n'a pas été stipulé, pour le cas où il y a lieu à des intérêts moratoires, pour celui où l'intérêt court de plein droit d'après la loi. Cependant, au lieu de déterminer un intérêt légal dont le taux resterait fixé naturellement pour un temps assez long, c'est-à-dire pour toute la durée de la législation qu'il s'agirait d'établir, il vaudrait peut-être mieux prendre pour règle de l'intérêt non prévu, des certificats, des actes de notoriété, que les tribunaux se procureraient auprès des autorités commerciales, tribunaux et chambres de commerce, des négociants notables, des notaires, et qui indiqueraient le taux courant, le taux le plus habituel de l'intérêt. Les tribunaux appliqueraient le taux établi par ces certificats pendant une certaine période, et, de temps en temps, de six mois en six mois, d'année en année, ce taux pourrait être modifié d'après de nouveaux renseignements.

Je crois que c'est là un procédé qui pourrait être mis en usage; mais cependant je ne répugnerais pas à ce que la loi fixât elle-même le taux de l'intérêt non conventionnel, de manière à ce que tout le monde pût le connaître et qu'il n'y eût pas d'incertitude.

Quant à un autre procédé qui a été préconisé par quelques personnes et qui consisterait à laisser les tribunaux fixer, dans chaque affaire, l'intérêt moratoire d'après les renseignements qu'ils prendraient, d'après une espèce d'enquête, d'après des certificats pareils à ceux dont je viens de parler, je crois que

Digitized by Google

cela aurait des inconvénients : il pourrait y avoir des discussions ; des certificats en sens contraires pourraient être produits, et cela prolongerait les procès.

Je pense donc qu'il y a lieu de choisir entre ces deux systèmes : ou la loi fixerait le taux à appliquer dans les cas dont il s'agit; ou bien les autorités judiciaires, les tribunaux et les cours, prendraient de temps en temps, comme je viens de le dire, des attestations du cours usuel, afin que, dans chaque procès, il n'y eut pas de contradiction sur le cours en vigueur dans le moment.

M. le Président. Venez-vous de faire allusion à certains auteurs qui auraient soutenu l'opinion qu'il n'y eût pas de taux légal? Est-ce que vous en connaissez?

M. Pellat. Oui, je crois me rappeler, d'un peu loin il est vrai, que Bentham ou Turgot a proposé l'adoption de procédés semblables. Je pense que c'est Turgot. Mais enfin, quand même il n'y aurait pas d'auteurs qui l'eussent proposé, le mode de procéder dont j'ai parlé se justifie de lui-même. Bref, il faut que, par un moyen ou par un autre, il y ait une règle fixée pour un temps assez long, soit par le législateur, soit par les corps judiciaires prenant auprès des gens compétents des renseignements suffisants pour se guider.

J'arrive aux questions relatives à l'intérêt en matière commerciale.

§ 1er. — De l'intérêt en matière commerciale.

Première question. — Comment la loi de 1807 est-elle exécutée en matière commerciale?

Je réponds que la loi de 1807 n'est pas du tout exécutée en matière commerciale, qu'elle ne l'a jamais été, que, dans le commerce, on a toujours fixé à peu près l'intérêt qu'on a voulu.

Ainsi, un négociant ouvre un compte courant, il l'ouvre nominalement à 6 p. 100; mais le compte courant sera réglé tous les six mois ou tous les trois mois, suivant l'usage des lieux. A chaque règlement la balance comprendra l'intérêt de la période précédente ajouté au capital; par conséquent, de trois mois en trois mois ou de six mois en six mois, les intérêts échus et capitalisés porteront aux-mêmes intérêt.

De plus, ordinairement, outre l'intérêt fixé par le compte

Digitized by Google

courant, il y a une commission qui est de demi, 1 ou 2 p. 100, suivant les places. Eh bien! au fond, la commission n'est qu'un surcroît d'intérêt, sous couleur de rémunération pour les services que rend le négociant qui fournit les capitaux, pour les dépenses qu'il a à faire, pour les écritures qu'il doit passer. Il convient de tenir compte de tous ces éléments qui entreront dans la fixation du taux de l'intérêt conventionnel, s'il n'y a pas de limite.

Je reviendrai, du reste, sur la manière dont se calcule l'intérêt, à l'occasion d'une autre question.

Déjà donc, sous ce rapport, les négociants s'écartent ouvertement et impunément de la fixation du taux de l'intérêt à 6 p. 100.

En outre, dans les billets constatant des prêts, dans les effets escomptés, il y a divers moyens d'augmenter le taux de l'intérêt. Tous les négociants ne les emploient pas; mais les négociants peu scrupuleux, les prêteurs d'argent les emploient. Ainsi, il font entrer dans le capital, payable à l'échéance, la partie de l'intérêt qu'ils prennent au-dessus du taux légal.

Deuxième question. — Je ne crois pas qu'il y ait de distinction à faire entre le prêt et l'escompte. Au fond, que j'emprunte une somme payable dans un an avec un certain intérêt fixé, ou bien que je souscrive un billet à ordre, que je tire une lettre de change, et qu'ensuite, pour m'en procurer la valeur, je l'escompte, il est évident que c'est toujours la même chose, que c'est toujours un certain salaire, un certain loyer que je paye pour le capital. Le procédé est différent, mais, au fond, c'est toujours la même opération.

Troisième question. — Je n'ai rien à dire sur cette question. Les négociants de la place de Paris peuvent y répondre pertinemment.

Quatrième question. — Je crois qu'il y a utilité à affranchir l'intérêt de toute limite, soit dans les prêts, soit dans les escomptes. Ce sont les mêmes opérations. Je crois que, dans les unes comme dans les autres, il faut laisser le taux de l'intérêt se débattre et se fixer entre le prêteur et l'emprunteur.

Cinquième question. — Y aurait-il utilité à modifier seulement la loi de 1807, *en prenant le taux de l'intérêt fixé par la Banque comme régulateur des transactions commerciales ?*

Digitized by Google

Je crois que le taux de l'interêt fixé par la Banque de France serait un mauvais étalon, pris d'une manière générale comme régulateur des transactions commerciales.

La Banque escompte des effets dans des conditions toutes spéciales. Elle n'escompte que des effets revêtus d'un certain nombre de signatures, trois, si je ne me trompe, et non pas de signatures des premiers venus, mais de signatures de personnes connues à la Banque et sur lesquelles la Banque a une opinion arrêtée. Par conséquent, le taux de la Banque ne peut faire règle pour des négociants qui escompteraient des effets revêtus d'une seule signature ou bien revêtus de plusieurs signatures, mais de signatures que la Banque n'aurait pas acceptées. Ces négociants courront un risque de ne pas être payés bien supérieur à celui que la Banque peut courir. Il serait injuste, par conséquent, de les obliger à se contenter de l'intérêt que prend la Banque et à escompter au taux auquel la Banque escompte.

Je n'ai pas besoin de rappeler à la commission que le taux de l'intérêt se compose de plusieurs éléments.

Il y a d'abord le loyer du capital, l'utilité que ce capital peut avoir pour moi dans les opérations que j'ai à faire; je me fais payer le loyer de ce capital, la compensation du tort que j'éprouve en ne le gardant pas à ma disposition.

Mais ensuite il y a un élément plus variable encore que le premier : c'est le risque que je cours de n'être pas remboursé. Ce risque ne peut pas être évalué d'avance, il varie suivant les circonstances. — Je ne veux parler que d'affaires entre honnêtes gens. — Eh bien ! quand je prête à quelqu'un que je regarde comme un honnête homme, mais qui n'a d'autre moyen de me payer que le produit de son travail, que le produit de son industrie, qui n'a pas une fortune déjà réalisée, il est évident que je cours un très-grand risque, car, s'il vient à mourir ou à tomber malade et à se trouver dans l'impossibilité de travailler, je suis fort exposé à n'être point payé. Je dois donc lui prêter à un intérêt supérieur à celui que j'exigerais de quelqu'un qui aurait une fortune sur laquelle, s'il venait à mourir, je serais payé par ses héritiers comme je l'aurais été par lui-même. Il est évident aussi que, sous ce rapport, les circonstances varient singulièrement. Le législateur ne peut entrer dans toutes ces considérations, et c'est à chaque parti-

Digitized by Google

culier, prêtant son argent, à calculer les chances qu'il a d'être payé ou de ne pas l'être.

Pour revenir à la question qui nous occupe, je répète que la Banque, escomptant sur trois signatures, et sur trois signatures connues et acceptées par elle, court moins de risques que celui qui escompte des effets revêtus d'une ou deux signatures seulement, et de signatures appartenant à des personnes dont la solvabilité n'est pas reconnue au même degré. Il est clair que celui-ci, courant des risques supérieurs, doit naturellement se faire payer ces risques.

Il y a toujours, dans la somme fixée pour l'intérêt, une partie qui représente le loyer du capital, en supposant que le capital ne soit nullement exposé et qu'il y ait toute certitude de sa rentrée ; car, par cela seul que je m'en prive pendant un certain temps et qu'un autre s'en sert, celui-ci doit un loyer.

Il y a ensuite une partie très-variable qui représente la prime du risque que je cours de ne pas être payé. Cette prime doit nécessairement varier, et varier dans des limites très-étendues, parce que la chance de perdre son argent varie extrêmement, suivant la position de celui qui emprunte, indépendamment de la confiance qu'on peut avoir dans sa moralité. Elle peut aussi varier pour cette dernière raison. Mais je suppose qu'il s'agisse d'une personne parfaitement honnête, que je n'aie aucune défiance sur la bonne foi de celui qui m'emprunte, je ne puis pas toujours compter avec la même certitude sur la durée de sa vie, de sa santé, de son savoir-faire, de la possibilité où il se trouvera de gagner un revenu.

Je passe maintenant à la série des questions relatives à l'intérêt en matière civile.

§ 2. — De l'intérêt en matière civile.

Première question. — Est-il possible de distinguer avec efficacité les prêts commerciaux et les prêts civils, de manière à établir utilement entre ces opérations des régimes très-différents, ou seulement des nuances de situation, comme sous le régime de la loi de 1807? — *Si l'on proclame le liberté de l'intérêt en matière commerciale seulement, ne doit-on pas craindre que les transactions civiles n'empruntent la forme commerciale?*

La deuxième partie de la question répond, selon moi, à la

Digitized by Google

première. S'il y a une différence entre les maxima du taux de l'intérêt commercial et du taux de l'intérêt civil, et si le maximum de l'intérêt commercial est plus élevé que le maximum de l'intérêt civil, il est évident que, quand quelqu'un trouvera des gens non disposés à lui prêter au taux de l'intérêt civil, mais qui voudront bien lui prêter au taux commercial, il sera toujours très-facile de déguiser les opérations qui interviendront entre eux et lui, ou même, sans les déguiser, de les réaliser sous une forme différente. La Commission sait très-bien qu'il y a une foule d'opérations sur le caractère desquelles les jurisconsultes sont partagés, ne pouvant dire avec une certitude complète si c'est une opération civile ou un acte commercial. Il y a peu de matières qui offrent en droit autant de difficultés que la détermination de ce qui est, à proprement parler, une opération commerciale.

Beaucoup d'opérations, considérées comme des opérations civiles sont, au fond, de même nature que les opérations reconnues commerciales : celles notamment qui se rattachent à des travaux agricoles ou à des concessions de mines; en réalité il s'agit toujours là d'une exploitation entreprise en vue de gagner de l'argent, comme l'est l'exploitation d'une manufacture.

La distinction n'est pas toujours raisonnable quand on la fait nettement. Mais le législateur ne la fait même pas toujour nettement, et il laisse à la décision des tribunaux des questions très-délicates, sur lesquelles il n'est pas étonnant que la jurisprudence varie beaucoup.

Je ne crois donc pas qu'il soit utile d'établir une distinction entre le taux de l'intérêt commercial et le taux de l'intérêt civil : ce serait créer des difficultés, des procès. Si l'on juge à propos d'avoir un maximum, qu'il soit le même dans les deux cas; mais je le répète, je ne suis pas d'avis d'un maximum.

Deuxième question. — Je suis tout à fait incompétent pour vous répondre sur cette question.

Troisième question. — Je suis également sans renseignements sur ce point là.

Quatrième question. — Comment la loi de 1807 *est-elle exécutée en matière civile?*

Pour les personnes qui ne se soucient pas de violer la loi

Digitized by Google

soit directement, soit indirectement, la loi de 1807 produit cet effet que, si je trouve qu'un intérêt de 5 pour 100 ne m'indemnise pas suffisamment de la privation momentanée de mon capital et du risque que je cours de le perdre, je ne prête pas, et que, même quand je ne courrais aucun risque de perdre, si je trouve un emploi de mon argent qui me promette des bénéfices plus considérables, je ne prête pas. Par conséquent, je ne prête au taux légal, quand les profits que je pense me procurer ailleurs sont supérieurs, qu'à mes amis, qu'aux personnes auxquelles je veux être agréable, auxquelles je veux rendre service, auxquelles je prêterais au besoin gratuitement; je sacrifie une partie des bénéfices que j'aurais pu faire au plaisir d'obliger. Mais s'il ne s'agit que d'affaires, s'il ne s'agit que de personnes que je n'ai aucun intérêt d'affection à obliger, il est clair que je ne prêterai pas, si je ne suis pas disposé à violer la loi.

Il arrive alors que les personnes dont la consience est moins délicate violent la loi, et les moyens de la violer sont nombreux et faciles.

Il y en a un qu'il est impossible d'atteindre, c'est celui qui consiste à ne donner à l'emprunteur qu'une partie de la somme portée dans le billet qu'on lui fait souscrire. Ainsi j'emprunte 1,000 francs à 5 p. 100; on ne me compte que 900 ou 950 francs, et j'écris dans le billet que j'ai reçu une somme de 1,000 francs. Il est fort difficile d'atteindre cette fraude, car il n'y a pas de témoins; la déclaration de l'emprunteur, si plus tard il veut se dispenser de payer et déclare qu'il n'a pas reçu toute la somme, sera niée par le prêteur, et, dans beaucoup de circonstances, lequel des deux pourra-t-on croire?

Cette fraude est donc très-facile à commettre et très-difficile à réprimer.

Il y a encore beaucoup d'autres moyens, par exemple, de fournir une partie de la somme prêtée en marchandises, je ne dis pas en lézards empaillés, comme dans la comédie, mais en marchandises dont l'emprunteur ne peut se défaire qu'avec perte.

J'ai connu des jeunes gens qui avaient emprunté de cette manière. A l'un d'eux on avait donné, pour partie de la somme dont il se reconnaissait débiteur, une voiture de pavés; c'est encore là peut-être une des marchandises dont on peut se dé-

Digitized by Google

faire avec le moins de perte. Mais d'autres, dans des circonstances semblables, ont reçu des marchandises d'une défaite bien moins facile et beaucoup plus onéreuse.

Il résulte de là que ceux qui ont absolument besoin d'emprunter, soit parce qu'ils ont une opération importante à entreprendre, soit seulement en vue de couvrir des dépenses qu'ils veulent faire, trouveront de l'argent à un taux supérieur au maximum légal, et qui sera d'autant plus élevé qu'il y aura moins de concurrence, puisque la concurrence se fera seulement entre ceux qui ne craignent pas de violer la loi, de mentir, de prendre des déguisements et de s'exposer aux poursuites qu'entraîne la violation de la loi sur le maximum de l'intérêt; tandis que, s'il n'y avait pas de maximum, il y aurait un plus grand nombre de personnes qui pourraient prêter, et il en résulterait que le taux de l'intérêt serait moindre. Ainsi ceux qui empruntent aujourd'hui à 10, à 8 p. 100 trouveraient peut-être à emprunter à 7; la concurrence ferait baisser le taux de l'intérêt.

Cinquième question. — L'influence de cette loi paralyse-t-elle, dans quelques circonstances, le crédit civil, soit hypothécaire, soit personnel?

Il est évident que la loi de 1807 paralyse dans beaucoup de cas le crédit civil. Il est évident qu'on emprunte moins facilement, qu'on trouve moins de crédit, quand le prêteur est obligé de subir un taux qui ne l'indemnise pas suffisamment et qu'il trouve ailleurs un placement plus avantageux.

Sixième question. — En cas d'affirmative, obvierait-on mieux à l'inconvénient par une élévation du taux de l'intérêt ou par la suppression de tout maximum d'intérêt?

Je crois qu'on remédierait mieux à l'inconvénient signalé, par la suppression de tout maximum d'intérêt, que par l'élévation du taux autorisé. Pour fixer un maximum, on se fonderait sur le taux le plus ordinaire; mais ce taux peut varier d'un moment à l'autre par suite du développement des affaires, du changement des circonstances, des inquiétudes qu'occasionneraient des guerres ou de nombreuses faillites. Par conséquent, en élevant le taux légal actuel et en établissant le nouveau taux comme maximum, les mêmes inconvénients que ceux dont on a à se plaindre maintenant se reproduiraient très-prochainement.

Digitized by Google

Septième question. — Je crois qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le prêt hypothécaire et le prêt non hypothécaire. En règle générale, le prêt hypothécaire présente plus de sécurité, il offre une assurance de rentrer dans son capital que ne donne pas le prêt sans hypothèque. Mais tous les prêts hypothécaires ne sont pas dans les mêmes conditions. On peut ne pas vouloir prêter au même taux à celui qui vous offre une hypothèque sur un bien dont la propriété paraît très-solide entre ses mains, et à celui qui vous offre une hypothèque sur un bien dont la propriété peut être contestable, qui peut être soumis à quelques chances résolutoires du contrat en vertu duquel il a été acquis.

D'un autre côté, tous les immeubles ne présentent pas la même sécurité : une hypothèque sur une maison n'est pas aussi solide qu'une hypothèque sur une terre labourable ; une hypothèque sur une terre située dans une plaine qui n'est pas soumise aux ravage des eaux, offre plus de garantie qu'une hypothèque sur un terrain situé sur le penchant d'une montagne ou exposé aux débordements d'une rivière, aux ravages d'un torrent.

Il y a donc une foule de circonstances qui font varier la solidité des prêts hypothécaires. Par conséquent, je ne vois pas pourquoi on les soumettrait à un tarif différent du tarif ordinaire.

Dans telle circonstance, on sera disposé à prêter à quelqu'un sans hypothèque et même à un taux modéré, par la confiance qu'on a dans sa probité et dans sa fortune, plutôt qu'à un autre qui offrira une hypothèque sur un immeuble qui, légalement ou naturellement, ne présentera pas la même sécurité, à cause des chances auxquelles il peut être exposé et dont chacun se rend compte facilement.

Huitième question. — Je ne vois pas non plus de raison pour distinguer entre le prêt à court terme et le prêt à long terme. Il n'y a rien dans la nature des choses qui les distingue essentiellement. *Court terme*, *long terme*, sont des expressions relatives qui peuvent différer beaucoup ou très-peu. C'est au prêteur et à l'emprunteur à calculer leurs chances.

M. le Président. N'admettez-vous pas cependant que le prêt à court terme gêne moins le débiteur que le prêt à long terme, qui peut l'enchaîner pour un temps considérable dans des conditions dures et onéreuses pour lui ? Je pense que c'est là le

Digitized by Google

motif qui a fait introduire la distinction dans la loi anglaise.

M. Pellat. Tout cela peut varier beaucoup, suivant les circonstances, et ne peut servir de base à une distinction fixe, qui serait tout à fait arbitraire.

Neuvième question. — Je suis sans expérience sur ce point; je ne sais rien sur les développements qu'ont pu prendre les prêts usuraires dans telle ou telle partie du pays.

Dixième question. — Il me paraît évident que la loi de 1807 ne comprime pas efficacement l'usure, et qu'elle l'excite quelquefois à élever le taux de ses exigences. L'honnête homme, qui serait disposé, s'il n'y avait pas de maximum d'intérêt, à prêter à 7 p. 100, ne prête pas à ce taux quand il sait qu'il est exposé à être poursuivi comme usurier. La concurrence ne s'établit donc qu'entre ceux qui ne craignent pas de violer la loi; ils prêtent au taux qu'ils veulent, proportionnellement aux risques qu'ils courent non-seulement d'être condamnés, mais de se voir atteints dans leur réputation, et ils font payer tout cela.

Onzième question. — *Quelle influence pourrait avoir sur les opérations de prêt usuraire, en tout cas, la suppression de tout maximum d'intérêt? N'y a-t-il aucun excès à redouter dans cette transition?*

Les transitions amènent toujours des résultats inattendus. Mais, le premier moment passé, je suis convaincu que la liberté de prêter au taux que l'on voudrait ferait baisser l'intérêt, et que ceux qui ont absolument besoin d'emprunter trouveraient à le faire à un taux bien inférieur à celui auquel ils se soumettent aujourd'hui, en ayant recours aux gens qui prêtent secrètement et qui dissimulent le taux qu'ils exigent au moyen de procédés connus de tout le monde.

En effet, le législateur a bien fixé un maximum d'intérêt et l'a fait, dit-on, pour protéger celui qui emprunte; mais il n'a pas pu forcer à prêter à ce taux.

Ah! si l'emprunteur avait droit au prêt au taux légal, oui, il serait efficacement protégé. Mais le législateur n'a jamais imaginé de forcer à prêter à l'intérêt légal, pas plus qu'il n'a forcé à prêter gratuitement à l'époque où l'intérêt lui-même était proscrit, où l'on ne pouvait qu'aliéner le capital moyennant une constitution de rente.

Il faudra bien, malgré toutes les prohibitions que le lé-

Digitized by Google

gislateur portera d'excéder le taux de l'intérêt fixé par lui, que celui qui a besoin d'emprunter trouve de l'argent et passe par les conditions qui lui seront faites dans le marché secret qu'il conclura. Quand j'ai absolument besoin de 1,000 francs, 1,000 francs à 50 p. 100 valent toujours mieux que rien à 5 p. 100.

On dit : « Cela empêchera les prodigalités ; on n'empruntera pas si l'on trouve des conditions très-difficiles. »

Mais indépendamment de ceux qui veulent satisfaire des besoins plus ou moins réels, il y a des personnes qui ont en vue une opération, une spéculation qui leur promet un bénéfice supérieur à l'intérêt auquel elles empruntent. Pourquoi n'accorderait-on pas, je le répète, à celui qui prête une somme à une personne, laquelle espère, d'après les probabilités, en tirer un profit de 20 p. 100, la faculté de prêter cette somme à 10, et même à 15 p. 100?

Douzième question. — Quelle est, toujours dans le centre connu du témoin, la situation de l'opinion publique sous ce rapport? Serait-elle favorable ou défavorable à la suppression de tout maximum d'intérêt?

Je crois que la prévention, assez générale autrefois, contre la liberté de l'intérêt, tend à diminuer. En restant dans le centre qui m'est plus familier, le centre des légistes, et plus particulièrement encore des professeurs de droit, je dirai qu'à l'époque où je suis entré à l'École de droit, nous étions, sur vingt-quatre professeurs ou suppléants, deux partisans de la liberté de l'intérêt. Aujourd'hui, je n'ai pas fait d'enquête positive à ce sujet, mais je crois être sûr que, non pas l'unanimité, mais la très-grande majorité de mes collègues, sont de mon avis sur la liberté de l'intérêt.

Sous une législation qui limite rigoureusement le taux de l'intérêt, le législateur lui-même a admis des exceptions qui rendent plus criante cette restriction à la liberté des conventions. Je ne parle pas des spéculations sur la rente, parce que, en prenant des rentes, on place ordinairement son argent au-dessous du taux de l'intérêt légal. Je parle des établissements de prêts autorisés ou fondés par le Gouvernement, qui prêtent sans aucun risque, puisqu'ils ont entre les mains un gage qui répond d'une manière absolue du montant de la somme prêtée. S'il y avait un cas où le prêt ne dût pas excéder un certain

Digitized by Google

taux, ce serait celui où l'intérêt ne représente que le loyer du capital, où il n'a pas à représenter la prime pour le risque de la perte de l'argent. Il est évident que les monts-de-piété sont en complète sécurité sur le recouvrement de leur capital, puisqu'ils vendent toujours les objets reçus en gage au-dessus de la somme qu'ils ont prêtée. Pourtant ils sont autorisés à recevoir un intérêt bien supérieur à l'intérêt légal. Le législateur semble donc avoir la conscience de l'impossibilité de faire exécuter sa loi, puisqu'il en permet la violation dans des circonstances où la rentrée du capital est le plus assurée.

Il en est de même pour la permission que la Banque de France a reçue, il y a quelques années, d'élever son escompte au-dessus du taux où il est permis à un négociant de porter le sien ouvertement. Le législateur a senti là encore l'impossibilité de rester dans le cadre qu'il s'était fixé, et il permet de franchir la barrière qu'il impose à tout le monde, précisément à l'établissement qui fait ses opérations avec le moins de risques, puisque, d'après ses règlements, il n'escompte que des effets à trois signatures reconnues d'une solvabilité très-notoire. Du moment que la Banque peut élever son escompte à 8 p. 100, pourquoi le banquier ordinaire, le particulier qui court des risques beaucoup plus considérables, ne pourrait-il pas escompter au même taux ou à un taux supérieur?

La tolérance que le législateur et le juge sont obligés d'avoir pour des violations évidentes de la loi sur l'intérêt, montre que cette loi a fait son temps et que le moment est arrivé de rentrer dans la liberté. Je ne vois pas pourquoi, de toutes les formes du capital, celle de l'argent serait la seule assujettie à ce taux. Ce n'est pas l'argent même qu'on prête, c'est une valeur. La monnaie peut vous procurer des valeurs sous toute autre forme. Vous n'êtes pas renfermé dans un taux déterminé si vous prêtez sous forme de marchandise ou si vous vendez à crédit, ce qui revient au même. Vous pouvez faire payer à celui qui ne vous solde pas au comptant un quart, un tiers en sus de ce que vous lui feriez payer s'il vous soldait le prix comptant. Pourquoi n'en est-il pas de même pour le prêt de l'argent qui peut être employé à toutes ces opérations ?

Remarquez encore une disparate. Personne ne propose, et ce n'est pas moi qui le proposerais, de tarifer les appartements, malgré le taux excessif auquel les loyers sont arrivés.

Digitized by Google

Le propriétaire ne devrait pourtant prendre que le loyer de son capital ; il n'a pas de prime à exiger pour le risque, car il ne loue qu'à des locataires qui apportent des meubles répondant au moins d'un terme et généralement de plusieurs ; il ne court que le léger risque résultant du désagrement d'être obligé de poursuivre, de faire vendre à un moment où les meubles détériorés ne vaudraient plus ce qu'on les estimait; mais cette chance de perte est excessivement faible. Cependant personne ne propose de tarifer le loyer des appartements, pas plus que le loyer de toutes les autres formes du capital. Pourquoi la forme d'argent monnayé subirait-elle seule cette restriction, alors qu'elle n'est que le moyen de se procurer les autres valeurs ?

M. Conti. Monsieur le Doyen, vous partez de cette définition de certains économistes que l'argent n'est qu'une marchandise, une valeur comme une autre. Je vous fais cette objection purement théorique : pourquoi trouve-t-on dans notre Code Civil et dans tous les codes civils possibles un titre *De la vente*, et pourquoi ne se contente-t-on pas du titre *De l'échange ?*

M. Pellat. L'argent est une marchandise, mais une marchandise plus commode en ce que tout le monde l'accepte. S'il n'y avait que l'échange, il faudrait que je pusse offrir, en échange de la chose que je désire, celle dont l'autre partie a besoin. Si je veux avoir une pièce de drap, et que le marchand de drap ait besoin d'un cheval, il me faudra donc avoir un cheval à lui offrir. Il faudra que je parcoure toutes les boutiques jusqu'à ce que je trouve quelqu'un qui ait besoin de la chose que j'ai à ma disposition, pour me procurer celle que je veux avoir.

On a adopté la monnaie, parce que tout le monde est disposé à l'accepter en échange de ce qu'il a à vendre. Par conséquent la vente est devenue un contrat particulier. La monnaie est ainsi l'intermédiaire entre deux échanges. Celui qui me vend une pièce de drap a besoin d'un cheval : il lui est aussi commode de prendre ma monnaie et d'aller la porter au marchand de chevaux.

M. Conti. Je comprends parfaitement cela ; mais pourquoi réglemente-t-on l'échange de telle marchandise avec d'autres marchandises d'une façon spéciale et non d'après les règles qui gouvernent toute autre sorte d'échanges ?

Digitized by Google

M. Pellat. Le titre *De l'échange* se réfère au titre *De la vente* et n'a que quelques articles. L'échange est rare, parce qu'il est rare que, quand j'ai besoin d'une chose, j'aie justement la chose dont le propriétaire de celle que je désire a lui-même besoin. Si l'on était réduit à l'échange, il faudrait que j'eusse en magasin toutes les choses dont peuvent avoir besoin mon marchand d'habits, mon marchand de souliers, mon marchand de beurre, mon marchand de pain; il me faudrait un magasin universel de marchandises. Ce magasin universel est représenté par de la monnaie, parce qu'avec de la monnaie on peut, en tout temps, se procurer ce que l'on veut.

Ensuite, s'il fallait faire des échanges sans monnaie, il serait impossible de proportionner les choses. Vous avez besoin d'un cheval, je vous l'offre; mais je veux un fauteuil : ce fauteuil ne vaut pas le cheval, et cependant je ne veux pas acheter une douzaine de fauteuils si je n'ai besoin que d'un. La monnaie, au contraire, étant divisible à l'infini, peut toujours se proportionner à la valeur de la chose que je veux acquérir.

M. Conti. Je comprends et j'admets très-bien tout ce que vous me dites-là. Mais pourquoi la lésion des sept douzièmes produit-elle, en matière de vente, des effets légaux qu'elle ne produit pas en matière d'échange? Voilà entre les deux genres de contrat une différence bien considérable.

M. Pellat. Cela tient précisément au préjugé sur l'argent. Je ferai remarquer, du reste, que la rescision pour lésion a été admise seulement pour les ventes d'immeubles, et cela à cause de l'importance exagérée que le législateur attachait à la conservation de la fortune immobilière.

M. Lacaze. En se plaçant dans l'ordre d'idées de M. le Doyen, on serait donc porté à abolir cette cause de rescision?

M. Pellat. Tout le monde, si ce n'est dans les temps de révolution, a pensé que la valeur des marchandises ne pouvait être fixée. On a bien imaginé dans certains temps d'établir un maximum. L'inconvénient était plus frappant que pour l'intérêt de l'argent, mais il était le même. Celui qui ne pouvait pas vendre à ce maximum, parce qu'il n'était pas suffisamment indemnisé, ne fabriquait pas, ne vendait pas. On poursuivait les accapareurs, ceux qui gardaient les marchandises ou les denrées; mais on ne pouvait pas forcer à fabri-

Digitized by Google

quer, et par conséquent l'objet tarifé manquait sur le marché. De même, on punit ceux qui prêtent à plus de 5 ou de 6 p. 100; mais on ne peut pas les forcer à prêter, et ceux qui ont besoin d'emprunter ne trouvent pas d'argent.

On n'a pas établi de rescision pour lésion des sept douzièmes dans l'échange, parce qu'on est parti de cette idée : que la valeur d'une maison, d'un objet quelconque, c'est, non une valeur absolue, mais l'expression du prix relatif que le propriétaire y attache. Comment établir que mon cheval, par exemple, ne vaut pas l'objet que vous m'avez donné en échange et que vous êtes lésé de plus des sept douzièmes? Quand vous l'avez pris, apparemment il valait cela pour vous. Dans cet ordre d'appréciation, il n'y a pas de valeur absolue. Celui qui fait courir attache au cheval qui lui fait gagner le prix, une valeur infinie que d'autres n'y attacheraient pas, et qui dépend souvent de pures considérations d'amour-propre. Pour toute autre chose que l'argent, chacun est donc juge de la valeur qu'il y met.

Pour l'argent, au contraire, on s'est persuadé qu'il avait une valeur fixe. Elle n'est pas plus fixe que celle des autres objets. L'argent est plus commode, parce que tout le monde le prend; mais la preuve que sa valeur n'est pas fixe, c'est que, pour avoir tel objet, vous donnez un jour une plus grande quantité de monnaie que tel autre jour, non pas seulement quand la quantité de ces objets ayant diminué, leur valeur aura augmenté, mais encore quand la quantité du numéraire ayant augmenté, sa valeur sera dépréciée.

Du moment où il a été reçu que le moyen le plus commode d'échange était que d'un côté on donnât de la monnaie, l'attention publique a dû se porter sur ce contrat, le contrat de vente, et c'est celui qu'on a réglementé. Quant à l'échange, le législateur a dit : « L'échange suit les règles de la vente sur tous les points qui ne sont pas exceptés. » Celui de la rescision pour lésion des sept douzièmes a été excepté, parce que, dans l'opinion publique, il n'y avait pour aucun des deux objets échangés cette idée de fixité de valeur qu'on attribue à l'argent.

M. le Président. Nous vous remercions, Monsieur, des renseignements que vous avez bien voulu nous apporter.

Digitized by Google

DROIT DE PUNITION ET DROIT DE DÉFENSE,

Par M. Chrétien, avocat à la Cour impériale de Caen, docteur en droit.

Il est impossible d'étudier les œuvres des criminalistes, philosophes et jurisconsultes, sans être étonné du grand nombre de théories diverses développées par eux à propos du droit qui appartient aux sociétés humaines de frapper le violateur des lois. Tous, ou du moins tous ceux dont on entend parler ici, proclament l'existence de ce droit. Tous diffèrent quand ils veulent déterminer la base sur laquelle il repose, la source d'où il découle. Chacun fait sa découverte et la défend avec une ardeur que l'amour-propre ne saurait seul expliquer.

Pourquoi, dira-t-on, ces longues disputes? Le droit de punir existe, il est placé légitimement entre les mains de l'État qui s'en sert au profit de nous tous. Personne ne méconnaît ces axiomes essentiels. S'évertuer maintenant à les justifier par tel raisonnement plutôt que par tel autre, à leur assigner telle base et point d'autre, à rechercher péniblement un principe dont la conséquence est acceptée par tous, n'est-ce pas là une entreprise sans intérêt et sans utilité?

Quand cette œuvre tentée serait purement spéculative, elle mériterait encore l'attention, et s'il était vrai qu'il ne faut voir dans cette recherche qu'une gymnastique intellectuelle, peut-être serait-il difficile d'en trouver une autre plus fortifiante.

Il en est d'ailleurs tout autrement. Outre sa grande importance doctrinale, la question de savoir quelle est la vraie base du droit de punir met en jeu nos intérêts, nos droits les plus précieux, notre dignité, notre liberté, notre sûreté.

Du principe supérieur qui sera choisi comme vrai, de la formule dont il sera revêtu dépendent l'extension ou la restriction du droit social qui en est la conséquence. Si la route suivie nous conduit à élargir ce droit, nous courons risque de nous enchaîner nous-mêmes; si notre conclusion le restreint, nous exposons notre vie et notre propriété aux violences ou à la ruse des malfaiteurs. Concilier notre liberté vis-à-vis de l'État avec notre liberté vis-à-vis de nos semblables, trouver le principe et la formule qui nous permette d'arriver logiquement à cette conciliation, tel est le but de cette étude.

Si nombreuses que soient les théories, les rappeler est né-

Digitized by Google

cessaire. Il en est d'ailleurs qui se sont produites récemment et qui réclament leur part d'influence sur la législation contemporaine. Il en est d'autres, plus anciennes, dont quelques-unes sont fort importantes à connaître. Si les termes absolus dans lesquels on les présenta sont proclamés faux, nous les retrouvons néanmoins, et, de même que certains métaux se durcissent en s'alliant, plusieurs de ces doctrines, en se combinant entre elles, ont acquis une consistance qu'elles n'avaient point auparavant.

Il est certain que le droit de punir ne peut se fonder sur l'idée de vengeance exercée contre l'offenseur, soit par l'offensé lui-même, soit par l'État du chef de l'offensé. La vengeance, acte non réfléchi, ne contient point sa propre mesure; si bien que là où elle s'est exercée, la loi du talion a été un progrès. Ç'a été le premier effort du législateur pour refréner la violence[1]. Placer un tel mot en tête d'un livre de droit pénal serait introduire la passion dans l'ordre de choses d'où elle doit surtout être bannie.

Ce vice ne disparaîtrait point si l'on soutenait avec quelques écrivains que la vengeance peut être exercée, non du chef de l'individu lésé, mais par l'État en son propre nom et pour le mal qu'il a ressenti comme État. On a appelé cela le système de la vengeance sociale, de la vengeance purifiée. Il est aussi faux et aussi dangereux que le précédent. L'État perd son sang-froid comme l'individu, et ses accès de colère, s'ils sont plus rares, sont plus redoutables, car sa force n'est pas toujours limitée par la force rivale de l'opinion publique.

En affirmant que le droit de punir repose sur la nécessité de l'intimidation, on aboutit à l'atrocité du châtiment, non plus par l'effet d'un entraînement instinctif, mais par le raisonnement. La mort sera prodiguée. La roue ne vaudra pas l'écartèlement, et le bûcher, le plus haut et le plus lentement chauffé leur devra être préféré. Plus le spectacle sera épouvantable, plus les spectateurs seront intimidés. Ce système conduit encore à prononcer légèrement la condamnation. Un crime a été commis. L'accusé n'a contre lui que des apparences, des soupçons. Il est innocent peut-être. N'importe, il doit être condamné. Ce

[1] *Du progrès dans notre droit pénal*, p. 7. Discours prononcé à la rentrée solennelle de la Cour de Poitiers par M. Alphonse Duverger, substitut du procureur général, le 4 novembre 1867.

Digitized by Google

qu'il faut avant tout en effet, c'est un châtiment public et terrible. Qu'il frappe tel ou tel, c'est là un point secondaire. Un patient est indispensable, et l'on en a un tout trouvé. Ce raisonnement est aujourd'hui, avec nos lois et les magistrats qui les appliquent, tellement impossible que nous nous demandons s'il a pu jamais être fait. Hélas! il l'a été, et la conséquence était tirée au XVIIIe siècle par les tribunaux répressifs de notre pays. Pour les arrêter dans cette voie, et non pas entièrement, il ne fallait rien moins que la parole de d'Aguesseau. Le 4 janvier 1739 le chancelier écrivait au chef d'un présidial : « J'ai reçu le mémoire que vous m'avez envoyé sur l'af« faire du nommé,.... et j'ai été fort surpris de l'usage dans « lequel vous m'avez marqué que sont les officiers du prési« dial de,..., de déclarer les accusés atteints et convaincus de « crimes dont la preuve n'est pas complète et de les condamner « en même temps à quelques peines : cet usage est un abus « qu'on ne peut tolérer et auquel j'aurai soin de remédier. Ou « la preuve d'un crime est complète, ou elle ne l'est pas. Dans « le premier cas, il n'est pas douteux qu'on doit prononcer la « peine portée par les ordonnances, mais dans le dernier cas « il est aussi certain qu'on ne doit prononcer aucune peine « (que la phrase ne finit-elle là!), et qu'on ne peut ordonner « que la question ou un plus amplement informé, suivant la « nature des crimes et le genre des preuves[1]. »

On a trouvé dans la fausse donnée historique du contrat social le germe de deux théories pénales. Le contrat social étant une erreur ou, si l'on veut, une fiction, il ne peut servir de base solide à un droit, et surtout à un droit aussi rigoureux que celui dont nous nous occupons. Et pourtant, malgré leur vice originel, ces doctrines ont été défendues par des jurisconsultes qui certes ne manquaient ni de connaissances spéciales ni d'esprit pratique.

Suivant les uns, le droit de punir résulterait d'une clause du contrat social acceptée avec toutes les autres par les signataires primitifs de l'accord qui a mis fin à l'état de nature. Cette clause serait celle-ci : « L'État s'engage à protéger les adhérents. De leur côté, ceux-ci font dès maintenant le sacrifice éventuel de leur liberté pour le cas où ils violeraient les lois. »

[1] D'Aguesseau, *Lettres sur les matières criminelles*, l. 58. V. aussi l. 82 du 15 septembre 1739.

Digitized by Google

Dans la défense fameuse qu'il a présentée de cette doctrine, Beccaria a plus fait pour l'humanité que pour la science.

Suivant d'autres, chaque individu investi dans l'état de nature du droit de défense aurait, en entrant librement dans la société, cédé son droit à celle-ci avec mission de l'exercer en son nom à elle et au nom de chacun de ses membres. Le dernier partisan de cette idée fut un jurisconsulte qu'on n'accusa jamais, que je sache, d'être un rêveur, le procureur général Merlin [1].

L'hypothèse du contrat social ne tarda pas à être écartée, mais pour faire place à d'autres fictions. On soutint que le droit de punir découle de l'acceptation présumée de la peine par l'infracteur qui a connu la menace de la loi et s'est librement soumis, par son délit, aux effets de cette menace. L'invraisemblance de l'assentiment qu'on prête à l'infracteur est telle que ce système est dépourvu du sérieux désirable. Feuerbach, en le réfutant, n'a pu s'empêcher de sourire. La légitimité de la peine ne saurait dépendre de la volonté de l'agent qui l'a encourue. S'il refuse d'une manière explicite son assentiment, et il le refusera souvent, la présomption va s'évanouir. Est-ce que le droit de punir va pour cela s'éteindre?

Dire que ce droit repose sur la nécessité de la réparation du tort causé [2], c'est laisser la société impuissante devant les infractions les plus graves, celles qui sont irréparables.

Ne lui donner d'autre base que la nécessité de l'amendement moral de l'infracteur, c'est nier le droit de punir et se heurter à une impossibilité. Une fois l'amendement obtenu, la peine devra cesser. Mais comment constater avec certitude la guérison morale de l'agent? Comment s'assurer qu'elle est durable et qu'elle subsistera après la mise en liberté?

C'est nier d'une manière bien plus radicale le droit de punir que vouloir le fonder sur la nécessité de la guérison physique de l'agent. Considérer le crime comme le résultat d'un vice de constitution cérébrale ou d'une maladie, c'est nier la liberté de l'homme, sa responsabilité et par suite le droit de lui infliger un mal à titre de peine. Inutile de dire que ce système, défendu avec éclat par le docteur Gall et ses disciples, n'a exercé d'influence ni sur la philosophie du droit ni sur la pratique législative.

[1] *Répertoire*, v° *Peine*.

[2] Welcker, *Recht, Staat und Strafe*. Giessen 1813.

Digitized by Google

Il n'en est pas de même des trois doctrines par lesquelles nous devons terminer cette revue encore incomplète.

Une école considérable, et par le nombre et par l'autorité de ses adhérents, enseigne que le droit de punir a pour base le droit de défense, non point délégué par l'individu à l'État en vertu d'un pacte social chimérique, mais le droit de défense appartenant directement aux sociétés humaines et dérivant du fait naturel de leur existence. On ne fait ici qu'exposer cette doctrine adoptée ou rejetée d'une manière beaucoup trop absolue, ce nous semble. Le moment d'étudier ce qu'elle peut contenir d'erreur et de vérité n'est pas encore venu.

Les publicistes anglais Hobbes et Bentham ne se sont pas égarés sur les sommets nuageux de la spéculation. Pour eux, le droit de punir se fonde exclusivement sur l'utilité du plus grand nombre. Encore s'ils avaient dit sur la nécessité, ils auraient ménagé à leur doctrine brutale une explication et une excuse. Mais non, c'est bien l'utilité, l'avantage, le profit à tirer de la peine qu'ils considèrent pour la justifier. Dans l'établissement et la proportion des peines il ne faut tenir compte ni du clair langage de la conscience humaine ni de la perversité de l'agent telle qu'elle ressort des circonstances de l'acte. C'est le droit du plus fort dans toute sa simplicité.

Kant adopta une théorie qu'on serait tenté de prendre pour une protestation, si l'on ne savait combien le paisible esprit du solitaire de Kœnigsberg resta toujours dégagé des préoccupations de la polémique. Ce qui n'était rien pour Bentham est tout aux yeux de Kant, ce qui était tout pour le premier n'est rien pour le second. D'après lui, le droit de punir a pour base la violation de la loi morale toute seule et tout entière. L'atteinte à cette loi, qu'elle contienne ou non la violation d'un devoir social, doit être punie par le législateur qui, en ceci, non-seulement exerce un droit, mais acquitte une dette envers le coupable. Cette doctrine est utopique; elle suppose dans l'humanité une puissance qui ne s'y trouve point. Les conséquences qu'elle entraîne sont fausses et quant à la détermination des faits punissables et quant à la mesure des peines. La loi morale n'est pas violée seulement par des actes extérieurs consommés ou tentés; elle peut l'être encore, et très-gravement, par nos paroles, par nos résolutions, par nos pensées.

L'État devra donc examiner nos entretiens confidentiels, il

Digitized by Google

devra rechercher jusque dans leurs manifestations les plus indirectes, les plus secrètes, nos volontés mauvaises. Il les trouvera dans nos actions indifférentes, inoffensives. Cette inquisition, malgré tout impuissante, étouffera notre liberté, et se retournera contre nos droits, bien loin de les protéger. L'État, redresseur de la loi morale offensée, s'en fera le promulgateur infaillible, le prophète. Il la liera d'une manière indissoluble avec la religion officielle, et quiconque s'en écartera, si peu que ce soit, sera frappé d'une expiation énorme, puisque le droit violé a pour sujet l'Absolu infini.

Les doctrines diverses qu'on vient de résumer formaient, au commencement du XIXe siècle, le corps du droit pénal. Elles s'offraient aux méditations du siècle naissant. Parmi les auteurs qui ont abordé ces questions, quelques-uns se sont séparés de tous les enseignements contradictoires du passé. Ceux-ci ont assigné au droit de punir un principe entièrement nouveau. D'autres ont adopté l'une des théories connues, et, sans en contester la justesse essentielle, se sont bornés à en limiter la portée, selon eux excessive, par une théorie contraire.

La plus importante de ces doctrines éclectiques, celle qui a exercé l'influence la plus directe sur la législation pénale actuelle, appartient à M. de Broglie. M. Guizot, Rossi, Boitard s'y sont ralliés. Suivant eux, le droit de punir a pour base la loi morale limitée par l'utilité sociale. L'État ne peut punir que ce qui est contraire aux lois de la justice éternelle, il ne peut atteindre le mal moral qu'autant que ce mal contient ou entraîne un dommage social. Cette théorie a le même point de départ que celle de Kant. La limitation qu'elle y apporte la met à l'abri de tout l'ordre d'objections se rattachant à la détermination des faits punissables. Plus de recherches inquisitoriales et vaines de la pensée, de la parole secrète et confidentielle. Le mal moral pour être nuisible à la société, en conséquence pour être saisissable, doit être devenu un acte consommé ou tenté. Plus d'intolérance religieuse. La liberté de conscience est assurée, pourvu que l'usage de cette liberté ne viole pas la liberté d'autrui et ne compromette point la sûreté sociale. Le progrès est énorme. A ce premier point de vue, la belle et dangereuse utopie de Kant est remplacée par une doctrine toujours pratique et toujours élevée. Mais si l'on se préoccupe de la peine à infliger au coupable, si l'on se de-

Digitized by Google

mande quels en sont le caractère et la proportion, on arrive, en suivant l'école de 1832, aux conséquences mêmes du système de Kant. Si la légitimité de la peine, en deçà comme au delà des limites de l'utilité sociale, repose sur la loi morale violée, il en résulte que la peine est une *expiation*. Or l'expiation, rétablissement de l'équilibre moral rompu, peut être fournie à l'infracteur, non-seulement par la main de l'État, mais aussi par la volonté suprême de l'Auteur des choses. Deux hommes se sont rendus coupables de deux crimes supposés en tout semblables. Depuis, l'un d'eux a été cruellement frappé dans ses affections; il a appris la mort de son enfant. Il l'a pleuré. L'autre n'a eu à souffrir rien de pareil depuis son crime. Si l'école reste vis-à-vis d'elle-même aussi logique qu'il le faut et que le fut Kant, elle devra imposer au législateur l'obligation d'abaisser, au profit du premier de ces hommes, la mesure de la peine qu'elle infligera au second dans toute sa rigueur. L'expiation nous arrive, non-seulement sous forme de maux extérieurs et visibles, mais encore sous une forme toute spirituelle qui échappe à l'œil humain. Le repentir est certainement une expiation; c'est la plus belle et peut-être la plus énergique. Il faudra en tenir compte et prononcer pour le même crime une série de peines d'autant plus douces que le repentir sera plus profond et plus pur. Dieu seul peut connaître le cœur du coupable; l'État ne le peut jamais, et, s'il refuse de tenir compte de cet élément qui lui échappe, il infligera une expiation peut-être insuffisante, peut-être excessive. Dans ce dernier cas, si l'expiation est en effet excessive, elle constituera elle-même un nouveau mal. L'État, qui l'aura causé, se sera rendu coupable aux yeux de la justice éternelle. En ceci, les reproches adressés à la doctrine de Kant peuvent l'être avec autant de force à celle de M. de Broglie.

Il faut bien l'observer, dans ce qui vient d'être dit sur la nature de la peine et sur les conséquences qu'on est obligé d'en tirer dans ce système, il n'y a aucune exagération ni excès de logique; encore moins un malentendu. Ce caractère d'expiation est si bien attribué à la peine par les doctrinaires, et si important, que l'un des défenseurs du système de 1832 a consacré tous ses soins à retirer de ses termes l'idée d'expiation. Malgré les éloquents efforts de M. Ortolan, il paraît impossible de sauver cette belle doctrine des écarts les plus dangereux.

Digitized by Google

Dans son livre, la *Philosophie du droit pénal*, M. Franck combat avec force cette idée d'expiation infligée au coupable par la société qui, selon lui, ne possède la souveraineté à aucun titre, ni par elle-même ni par l'effet d'une délégation divine. Comme les mots *peine, punition* renferment partiellement l'idée d'expiation, il les bannit du vocabulaire de la philosophie pénale et les remplace par le mot *répression*. Quel est donc, d'après ce publiciste, le fondement du droit de réprimer qui appartient à la société? C'est l'intimidation limitée par la justice sociale. Ce système est à l'abri du reproche adressé à la doctrine de Kant et à celle de de Broglie. Il se compose de deux éléments purement humains, tous deux du ressort de la société. Celle-ci, en l'adoptant, ne courra risque ni de s'égarer ni d'empiéter, elle faillible, sur le domaine de l'infaillible. Il y a plus, l'idée limitante, si l'on peut ainsi dire, celle de justice sociale assure que la répression ne peut s'exercer que contre la violation d'un droit humain. Tous les actes qui ne contiendront point une pareille violation ne pourront être réprimés. La liste des faits sur lesquels l'État aura droit sera donc déterminée et ne pourra s'étendre pour complaire aux exigences d'une sévérité puritaine ou d'une intolérance fanatique. Mais aussi, en proclamant nettement que le droit d'intimidation est la base de la loi pénale, M. Franck n'ouvre-t-il pas malgré lui la porte à toutes les conséquences qu'ont tirées nos anciens criminalistes de terrible mémoire? L'intimidation, on l'a vu, c'est l'atrocité du châtiment, c'est la condamnation prononcée à la légère. L'idée de justice purement sociale fera sans doute qu'on ne réprimera point l'hérésie, mais en son nom le voleur sera torturé pour avertir plus efficacement ceux qui à l'avenir seraient tentés de l'imiter. On frappera vite, dût-on frapper un innocent, de peur que, le vrai coupable ne venant à échapper ou se faisant chercher trop longtemps, l'impunité ne devînt possible, et que l'intimidation ne manquât son effet.

Les systèmes principaux reposant sur un principe unique, et non pas sur deux idées qui se limitent l'une l'autre, ont été proposés en Italie par M. Carrara, aux États-Unis par M. Francis Lieber, en France par MM. Faustin-Hélie et Bertauld.

M. Carrara, de l'Université de Pise, soutient en général que le droit de l'État dérive de la délégation partielle d'un

Digitized by Google

pouvoir supérieur et divin[1], ayant pour but d'assurer l'observation sur notre globe de la loi éternelle de l'ordre. Spécialement, le droit de punir a pour base le droit de tutelle, *tutela giuridica*, que l'État doit exercer au profit de chacun de nous. Justifions le sentiment de profonde méfiance que nous inspire ce mot de tutelle qui revient si souvent sous la plume de l'auteur avec ce sens très-large qu'y attache la langue italienne[2]. Si l'État est *tuteur*, il en résulte que l'homme est un *mineur*, un *incapable*. L'État sera rigoureusement tenu non-seulement de protéger ses droits contre d'illégitimes empiétements, mais encore de prendre en main le gouvernement de ses intérêts. Engagé dans cette voie par les mots dont il se sert, M. Carrara, même lorsqu'il exprime des vérités incontestables, leur donne une couleur peu rassurante pour nos libertés individuelles[3]. Loin de les défendre, *tutelare*, et surtout de les défendre malgré nous, *anche a dispetto di noi*, l'État doit laisser nos intérêts se mouvoir, se combattre, se vaincre les uns les autres, du moment où ils sont mis en jeu par des personnes en pleine possession de toutes leurs facultés humaines, où la sûreté n'est pas menacée.

M. Francis Lieber donna en 1838 à Philadelphie son *Popular essay on subjects of penal law*[4]. Ce petit livre est fort rare en Europe. Grâce à l'obligeance de M. Bertauld qui en possède un exemplaire précieux, nous avons pu le lire. Ce

[1] Il precetto, il divieto e la retribuzione, in quanto appellano ai rapporti dell' uomo con l' umanità si staccano da Dio; *e una parte dell' suo esercizio se ne devolve sulla terra all' autorità sociale. Programma del corso di diritto criminale*, 1860, p. 11, 32, 98.

[2] L'esercizio della giustizia è delegato in virtiù della legge dell' ordine all' autorità sociale perchè siano *tutelati* i diritti dell' uomo, mercè una coazione efficace e presente, adietta al precetto naturale di rispettarli..... La *tutela* dell' ordine esterno sulla terra spetta all' autorità..... Per la *tutela* dei diritti dell' uomo, può esser necessario che si vietino alcuni atti e se ne impongano in certe circostanze alcuni altri. *Programma*, §§ 32, 33.

[3] Eppure perchè il diritto offeso col reato è inalienabile per parte di chi lo possiede, e la legge lo *tutela* per mantenimento dell' ordine *anche a dispetto di noi;* il consenso del soggetto passivo non distrugge la nozione del reato. *Programma*, p. 38.

[4] M. Lieber, professeur d'histoire à South Carolina college, a publié plusieurs autres ouvrages : *Political Ethics; Letter to Bishop White on the relation between education and crime;* une traduction précédée d'une étude préliminaire de l'ouvrage de MM. de Beaumont et Tocqueville sur le système pénitentiaire.

Digitized by Google

n'est pas à l'ignorance des travaux publiés en Europe que M. Lieber doit son originalité tout américaine. Avant d'écrire son *Essay*, il avait étudié les criminalistes français, allemands, italiens. Il reproduit et réfute les doctrines tout en rendant hommage au mérite des auteurs. Puis il développe son système. Suivant lui, le droit de punir a pour base le droit à l'égalité. Ce dernier droit appartient en première ligne à l'individu et passe forcément de lui à l'État[1]. Cette transmission est légitime, car l'homme dépositaire du pouvoir ne peut avoir un droit que n'aurait pas l'homme privé. Elle est nécessaire, car l'existence de l'État est un fait naturel, ce n'est point le résultat d'un contrat passé librement, que les hommes auraient pu, s'ils l'eussent voulu, se dispenser de former[2]. Celui qui me cause un mal, me donne par cela même le droit strict de lui causer un mal pareil, toute idée de générosité, charité ou prudence mise à part[3]. L'État seul fera l'application de cette loi des représailles, qu'il ne faut pas confondre avec l'aveugle loi du talion, tantôt atroce, tantôt illusoire[4]. Lui seul fera cette application sans outre-passer la mesure qu'impose la justice sociale, et en appréciant, sans l'exagérer, l'importance du dommage individuel causé par le méfait. Cette doctrine a plus qu'un défaut, elle a un vice. Elle donne pour base au droit de punir l'idée de vengeance. Les développements qui suivent sont la preuve que le principe même est mauvais; ils tendent à modérer équitablement ce qui échappe à toute

[1] Now the principle of retaliation, sufferance for sufferance, which exists between individuals, *passes over to the state*, for the state is a society, in which every one individually owes certain duties to every one collectively. *Popular Essay*, p. 26.

[2] Yet the state is nothing artificial, nothing made, that may be or may not be adopted. It is necessary and therefore natural and grown indispensable. *Popular Essay*, p. 25.

[3] He who injures me gives me an abstract right to inflict injury on him. He who beats me gives the abstract right of beating him. I speak here as I am bound to do of abstract right, that is of that which is founded on strict justice and on nothing else, not of actions which may be prompted by generosity, charity or prudence. P. 26.

[4] The law of retaliation taken in its material character alone — eye for eye — would be in many cases uselessly harsh, in others it might be mislead to a very erroneous leniency, or almost total absence of punishment; for instance should a thief who has stolen a small sum be punished merely by giving up the stolen sum and paying over and above an equivalent to the robbed individual? P. 27.

Digitized by Google

règle, l'instinct, la passion. Ces mouvements de l'âme condamnés par le moraliste doivent être, non restreints ou réglementés par le législateur, ils doivent être repoussés par lui. La violence ne peut jamais produire le calme, et le principe de M. Lieber s'élève contre la belle devise de son livre, *Mild laws, firm judges, calm punishments.*

M. Faustin-Hélie pense que « c'est à la loi de conservation qui réside dans la société qu'il faut demander le principe de l'action qu'elle doit exercer. » Le fait d'infliger la peine n'est qu'une des formes particulières de cette action générale ; il a donc le même principe. L'illustre criminaliste ne se dissimule point les dangers de son système [1]. En l'adoptant on arriverait trop aisément à certaines conclusions qui ne nous sont point inconnues. La peine sera un instrument de défense contre les crimes futurs. L'État sera tenté de confondre la loi de conservation avec l'intérêt social, la nécessité avec la simple utilité. Par une erreur plus à craindre encore, les pouvoirs politiques donneront pour base au droit de punir, non plus même l'intérêt social, mais leurs propres intérêts à eux, leurs convenances passagères. Le Code pénal va être rempli de lois d'expédient.

Serons-nous assurés de ne pas donner contre les mêmes écueils si nous disons avec M. Bertauld que *le droit de punir a pour base le droit de commander?* Cette doctrine proclame la souveraineté de l'État, indépendante de toute délégation divine ou individuelle. En cela elle se distingue profondément des théories qui, avec ou sans restriction, fondent le droit de punir sur la justice absolue, et aussi des doctrines de MM. Franck et Lieber qui nient la souveraineté sociale et soutiennent que le droit de punir ne suppose pas l'existence d'un supérieur. La souveraineté terrestre existe par elle-même, suivant M. Bertauld. Sa légitimité est soumise sans doute à certaines lois qu'il a exposées ; mais enfin elle a le droit de commander. Pour que ce droit soit efficace, il lui faut nécessairement une sanction ; sans quoi ses ordres ne seraient point des commandements, mais de simples conseils. Ceux qui ont entendu les leçons de M. Bertauld, alors qu'il occupait la chaire de droit pénal de notre Faculté de Caen, et ceux qui, en bien plus grand nombre, ont lu ses écrits, savent avec quelle force de dialectique l'auteur a défendu ses idées.

[1] V. *Introduction au Traité de droit pénal de Rossi*, p. XCVI.

Digitized by Google

Voilà de très-nombreux systèmes, des autorités imposantes. Se séparer d'elles est bien hardi. La science ne ressemble pas à la fortune aveugle : la témérité n'est pas un titre à ses faveurs. Elle a du moins des approbations pour quiconque cherche le vrai. Il n'est aucun esprit laborieux que cette pensée ne doive encourager. C'est elle qui sert d'excuse à toutes les tentatives n'ayant d'autre mérite que la bonne volonté de leurs auteurs. C'est elle qui nous soutient en ce moment.

Selon nous :

Le droit de punir découle du devoir qu'a l'État de garantir contre toute violation la sûreté individuelle.

Reprenons chaque terme de cette proposition. Essayons d'en montrer l'importance et d'en faire reconnaître la justesse.

L'État, quand il frappe l'auteur ou les auteurs d'un acte coupable et isolé, *punit;* il fait acte de justice sociale; il ne se borne pas à *réprimer*, à faire acte de police. Ceci a été démontré de telle manière qu'il serait superflu d'insister sur ce point[1].

En punissant, l'État exerce un *droit*, lequel est fondé, non pas sur un autre droit, mais sur un *devoir*.

Cette substitution d'un mot à un autre est fort importante. Elle a pour but et pour conséquence logique d'arrêter l'arbitraire de l'indulgence et de limiter l'arbitraire plus redoutable de la rigueur.

C'est ici que nous rencontrons le système de M. Bertauld : le *droit* de punir a pour base le *droit* de commander. Dire simplement d'une personne physique ou juridique, dire d'un homme ou d'un État qu'il a le droit d'accomplir tel ou tel acte, c'est dire qu'il peut, suivant qu'il le juge bon, renoncer à ce droit lui-même, ou du moins s'abstenir de l'exercer. L'État pourrait-il donc consentir légitimement un pareil abandon? Et dans le cas fort invraisemblable, mais non sans exemple, où par faiblesse, par inintelligence, il renoncerait sur tel ou tel point au droit de commander, ou simplement au droit de punir, l'individu menacé dans sa sûreté ne pourrait-il pas justement lui reprocher cet abandon d'un droit comme la violation d'un devoir? Qu'on le remarque bien, nous ne considérons point le châtiment comme une dette de l'État envers le

[1] V. M. Bertauld, *la Liberté civile*, ch. XX; *le Droit de punir et M. Franck.*

Digitized by Google

coupable et envers la justice absolue dont l'équilibre rompu par le méfait serait rétabli par la peine. Cette idée de Kant est et devait être repoussée par tous ceux, et nous sommes de ceux-là, qui recherchent la base du droit de punir en dehors de toute délégation extrasociale. On sera tout à fait exact en disant que pour l'État *punir* est un *devoir* envers la société, envers la victime, un *droit* vis-à-vis de l'infracteur. Ce double caractère est déterminé par la formule proposée.

Elle a encore l'avantage plus pratique de limiter l'arbitraire du commandement et de la rigueur dans la fixation des peines. Ici encore nous nous trouvons en face du système de M. Bertauld qui proclame la souveraineté sociale indépendante, quant à son existence, de toute délégation divine ou individuelle, et décide, on s'en souvient, que le droit de punir a pour base *le droit de commander*. « J'ai le droit de commander, dira l'État; je vous donne un ordre que vous jugez inutile, mauvais, tyrannique. Peut-être êtes-vous dans le vrai, peut-être usé-je mal de mon droit, mais vous n'êtes à aucun titre mon juge en ceci. Obéissez, sinon je vous punis. Et je vous punis légitimement, car l'usage que je fais de mon droit de commander, en admettant qu'il soit mauvais, ne détruit pas mon droit lui-même[1]. Il demeure comme tel. Il est en soi inaltérable. Et s'il n'avait pas de sanction, il deviendrait illusoire; ce ne serait plus, vous l'avez dit, qu'un simple conseil. J'ajoute que je vous punirai aussi sévèrement que je le trouverai bon. Moi, souverain indépendant, je suis le seul juge de l'importance de chacun de mes ordres et du prix que j'attache à leur accomplissement. » On ne voit pas ce qu'il serait possible de répondre à ce discours si l'on ne sortait point des termes de la formule et si l'on ne cherchait en dehors d'elle un tempérament. La nôtre limite l'usage du commandement et en écarte l'abus. L'État doit promulguer tous les ordres nécessaires au maintien de la sûreté individuelle. De ses diverses attributions, celle-ci est la plus incontestée. En dehors de là, dans des cas nombreux, il peut encore, il doit même commander. Mais alors s'il attache à ces ordres une sanction, et s'il l'applique aux violateurs, il fait autre chose que de punir. Il exerce un droit tout autre découlant d'un principe tout différent. Nous reviendrons plus loin sur ce point. Qu'il suffise

[1] *La Liberté civile*, ch. XX, p. 476, 477.

Digitized by Google

maintenant de bien constater que la *peine*, dans le vrai sens du mot, ne peut être attachée qu'à un ordre de l'État tendant à garantir la sûreté *individuelle*.

Quant à la gradation des peines, l'échelle de proportion est toute trouvée. Plus la sûreté individuelle sera compromise, plus le droit violé sera précieux, plus le châtiment sera énergique. Le caprice ou l'illusion qui trouble trop souvent l'esprit préoccupé des nécessités du commandement, n'entrera pour rien dans cette estimation des droits à leur juste valeur. L'attentat à la vie, à la dignité de l'homme sera toujours jugé plus grave que l'atteinte portée à la propriété. Le premier sera puni plus sévèrement; cet accroissement de rigueur sera indépendant de l'appréciation, pour ainsi dire personnelle de l'État, et l'on échappera sûrement aux scandales législatifs causés par ces Codes qui attachent une peine égale à deux faits dont l'un viole un droit capital, l'autre un droit sans grande importance, ou même qui punissent celui-ci plus durement que celui-là. Cette appréciation de la gravité relative des droits attaqués devant entraîner la gravité proportionnelle des peines ne se présentera pas toujours avec cette simplicité. Mais pour guide dans cette recherche on aura une loi bien définie; et, d'autre part, tous les éléments d'appréciation se trouvant dans les droits humains et étant à la portée du législateur, celui-ci ne sera jamais exposé à s'égarer. Ce danger existe surtout, comme on l'a justement remarqué, dans tous les systèmes qui vont chercher l'origine du droit de punir dans la loi extra-sociale du bien absolu, ou illimitée comme le voulut Kant, ou même limitée par l'utilité sociale, comme le voulurent les doctrinaires de 1832.

L'État, en punissant, remplit le devoir qui lui incombe, de garantir contre toute violation la sûreté individuelle. Le mot *garantir* a ici un sens rigoureusement juridique. En le choisissant, notre intention a été de reconnaître en principe la légitimité des lois préventives lorsque d'ailleurs elles sont utiles pour le maintien de la sûreté. Ceux qui les proscrivent vont contre leur but : assurer la conservation de la liberté individuelle. Ils la sauvegardent contre l'État, mais ils en livrent une large part aux attaques inévitables de la violence privée.

L'action pénale s'exerce pour garantir notre sûreté individuelle contre toute violation. Ce mot fait naître dans l'esprit trois idées, celles d'un acte illégitime et nuisible, imputable à

Digitized by Google

l'auteur intelligent et libre qui l'a commis sans ou contre la volonté de l'offensé. Tant que les deux premiers éléments ne sont pas réunis, il n'y a point violation d'un droit quelconque. Il n'y a pas lieu de punir. Si l'acte nuisible existe sans l'intention, si l'agent est un petit enfant ou un insensé, l'État devra bien intervenir pour assurer désormais la sûreté troublée, mais il le devra faire de toute autre manière qu'en infligeant une peine.

Si au contraire l'intention seule existe et qu'aucun acte tendant nécessairement à la réaliser ne l'accompagne, elle est déjà un mal moral, mais elle échappe encore au droit de punir. Les deux éléments ne sont pas réunis dans l'acte simplement préparatoire, ils le sont dans la tentative. Le premier n'est pas punissable; la seconde l'est au contraire.

Reste la dernière idée éveillée par le mot violation. L'acte mauvais et intentionnel, pour être punissable, doit avoir été commis sans ou contre la volonté du sujet passif. Si celui-ci a donné son assentiment, l'idée même du crime disparaît. La mainmise sur le bien d'autrui sans ou contre la volonté du propriétaire est un vol; avec son consentement, c'est une donation, c'est un emprunt, c'est un acte très-licite. L'assentiment, toutefois, doit précéder l'acte; s'il n'est donné qu'après, c'est un pardon, mais le droit de punir existe, car il y a eu violation. On s'en tient généralement à ces points sur lesquels on est d'accord. Mais il faut ajouter quelque chose. L'assentiment de la victime du fait nuisible doit émaner d'une personne ayant droit et capacité de le donner. S'il en est autrement, et si l'agent connaît cette incapacité, son acte conserve le caractère délictueux. Un enfant de trois ans, ou bien un homme dont l'insanité d'esprit est entière et apparente, a dans sa main une bourse remplie d'or qui lui appartient. Il l'offre spontanément à quelqu'un qui l'accepte et se l'approprie. On discutera en droit si la qualification de l'acte doit être modifiée, mais, à coup sûr, il y a là un fait punissable.

Cela va nous permettre peut-être d'arriver au vrai motif de solution d'un problème devenu classique : c'est celui de savoir si l'on peut punir l'homicide exécuté sur l'ordre de la victime. Ici l'acte nuisible et mauvais n'est commis ni à son insu ni malgré elle, tout au contraire. Pour établir que cet acte est punissable, on a fait ressortir les dangers de l'impunité. Tous les assassins, dit-on, vont se mettre à soutenir devant la jus-

Digitized by Google

tice que celui qu'ils ont tué a voulu se suicider et qu'ils n'ont fait qu'obéir en gémissant à ses ordres. Le danger existe et ce n'est pas le seul. Toutefois, une telle considération parait insuffisante et peut laisser subsister la difficulté. Personne n'a soutenu qu'en pareil cas on dût croire facilement l'allégation du meurtrier. Mais supposons les faits bien prouvés. Plusieurs témoins dignes de foi ont assisté à l'horrible scène sans pouvoir l'arrêter. Ils ont entendu le malheureux, ordonner, implorer ce qu'il appelait le coup libérateur. Ils ont vu l'accusé résister, céder enfin. Ils l'ont vu donner la mort à celui qui lui présentait la poitrine ou le front. Eh bien! dans ce cas même l'acte est punissable. Mais pourquoi? En réalité, parce qu'il y a là violation d'un droit; il y a violation parce que le consentement exprimé n'était pas valable. L'homme qui le donnait était privé d'une portion notable de ses facultés humaines puisqu'il avait perdu l'instinct de la conservation. Sa raison n'était plus entière. Ce motif est si grave qu'on l'invoque seul pour déclarer non punissable l'homme qui a tenté de se suicider. On le considère à l'égal d'un insensé non responsable.

N'est-ce pas le nom qui convient à celui qui, sans se frapper lui-même, prie qu'on lui donne la mort? Et l'insanité de son esprit se manifestant par sa prière, l'homme qui s'y rend, s'il n'est pas fou lui-même, devient un criminel.

Nous arrivons au dernier terme de notre proposition.

Le devoir de l'État de garantir à chacun de nous *la sûreté individuelle*, présenté comme seule base du droit de punir, ne semble-t-il pas défendre à l'État de *punir* l'infracteur toutes les fois que le fait illégitime ne sera pas dirigé contre l'individu, quels que soient d'ailleurs les dangers qui menacent dans leur existence ou la société elle-même ou le gouvernement établi?

Telle est, en effet, la conséquence de notre système. Toutefois, il importe de bien s'entendre.

En dehors des cas de guerre et de réparation purement civile, les criminalistes, depuis les partisans de la vengeance jusqu'aux champions du contrat social, depuis Hobbes et Kant jusqu'à MM. de Broglie, Faustin-Hélie, Bertauld, Franck et Lieber, tous, en voyant l'État infliger un mal à un ou plusieurs individus isolés, ont pensé que toujours l'État exerçait

Digitized by Google

le même droit. Nous osons dire qu'il y a là une confusion résultant d'un excès de synthèse, d'un défaut d'analyse.

Afin de prouver que le droit de punir ne dérive point du droit de défense, on a fait ressortir les différences qui existent entre ces deux droits. Rappelons-les.

Le droit de punir subsiste après que l'attaque a cessé et que le danger a disparu. Il ne peut atteindre que l'homme intelligent et responsable. Il ne s'applique qu'au délit consommé ou tenté, point aux actes préparatoires. La peine se mesure principalement à la gravité matérielle ou morale du droit violé. Enfin elle ne peut pas être appliquée à l'offenseur par l'offensé lui-même, mais bien par un pouvoir supérieur à tous deux et impartial.

Tout au rebours, le droit de défense n'existe que pendant la durée de l'attaque. Il peut s'exercer légitimement contre l'agresseur qui n'a point conscience de ses actes. Il s'applique aux actes préparatoires de l'agression. L'énergie de la défense se mesure à la violence du fait agressif. Enfin le droit de défense peut être exercé directement par l'offensé; il exclut l'idée d'une intervention supérieure, supposée d'ailleurs impossible.

Maintenant prenons les faits.

Dans un État calme, dans notre France d'aujourd'hui, un homme achète un pistolet, le charge, puis se poste la nuit sur une route. Jusque-là il n'est point punissable. Un passant se présente. Notre homme l'arrête et le vole. L'État saisit l'auteur présumé du méfait par la main d'un agent dépendant directement de lui, État. Celui-ci le met à la disposition d'un magistrat dont l'indépendance garantit l'impartialité. Ce magistrat ne va pas décider si l'accusé est coupable ou non. Il va réunir les preuves, les présomptions, les soumettre à un deuxième pouvoir chargé de reconnaître si elles sont suffisantes. Le sont-elles, on les transmet au représentant de l'accusation, au représentant de l'accusé qui les discuteront devant un troisième pouvoir impartial, en présence de la société elle-même. La culpabilité est proclamée. L'argent est rendu au propriétaire. N'importe, la loi est appliquée. Le voleur est condamné à dix ans de travaux forcés. Il part pour la colonie pénitentiaire; il y reste jusqu'à l'expiration du temps fixé.

Autre cas. Une insurrection se fait craindre. Des citoyens, irréprochables dans leur vie passée, s'attroupent. Ils n'enten-

Digitized by Google

dent point attenter aux droits individuels de telles ou telles personnes plus ou moins nombreuses; mais ils proclament tout haut leur volonté de changer par la force les conditions d'existence de la société. L'État court un danger. Dès ce moment il a le droit d'agir, alors même que les actes de violence n'auraient pas commencé. Si le danger n'est pas grave et si les choses se passent entre gens d'esprit, l'État fera jouer contre l'attroupement les pompes à incendie. Si le danger est sérieux, l'État fera marcher ses soldats. Il frappera lui-même. La lutte terminée à son avantage peut bien ne pas dissiper entièrement le péril. Les insurgés saisis seront mis dans l'impossibilité de nuire, ils seront emprisonnés, exilés, déportés. Puis, le calme une fois revenu, le danger définitivement écarté, l'État rendra au pays et à la liberté ses redoutables ennemis d'hier, les paisibles citoyens de demain.

Enfin supposons ceci : Le vol de grand chemin se multiplie. Les diligences, les malles-postes, les voyageurs de toute condition sont journellement arrêtés. L'ouvrier en revenant de son chantier, l'industriel se rendant à son usine, le propriétaire allant à sa maison de campagne ont plus de chances d'être détroussés en route qu'ils n'en ont d'arriver paisiblement chez eux. Le travail se ralentit, le chômage menace. Ici encore la société tout entière est mise en danger. L'État va faire une loi ou un décret défendant le port d'armes, soumettant la circulation à certaines conditions de surveillance, portant que les contrevenants et les voleurs seront arrêtés, remis à une commission nommée par l'État qui les jugera sans désemparer, constatera leur identité, et en ce cas les condamnera à mort ou aux travaux perpétuels. Si cela est encore trop lent, il autorisera les milices de sûreté à passer par les armes tous ceux qu'elles saisiront en flagrant délit. Bientôt, grâce à la sévérité déployée ou à toute autre cause, il n'importe, la sécurité sociale se rétablit. Les routes peuvent de nouveau être parcourues sans danger. Le travail et la confiance sont revenus. Le vol n'est pas chose inouïe, sans doute, mais enfin le brigandage a disparu. L'État va-t-il faire comme tout à l'heure? Va-t-il ouvrir les portes du bagne aux brigands condamnés et les remettre en liberté? Non; l'État va retirer ses lois d'exception, dissoudre ses commissions et rendre aux tribunaux ordinaires le soin d'appliquer aux voleurs non encore jugés les dispositions moins sévères du Code normal.

Digitized by Google

Si l'on demande aux criminalistes ce qu'a fait l'État dans ces trois conjonctures, en frappant les coupables, ils répondent tous sans distinguer aucunement qu'il a exercé le droit de punir.

Tout à l'heure, en disant qu'ils ont erré par insuffisance d'analyse, nous avons voulu dire qu'ils n'ont reconnu qu'un seul droit là où nous pensons qu'il en existe deux. Nous n'avons pas entendu dire qu'ils n'aient pas très-soigneusement étudié les faits punissables, quand ils ont recherché la meilleure classification des délits. La plus répandue range les infractions de gravité diverse en deux groupes : les infractions privées s'attaquant aux personnes qui ne représentent point l'État ; les infractions publiques s'attaquant aux représentants de l'État. D'autres classifications ont encore été proposées en très-grand nombre. Sans contester la justesse relative de beaucoup d'entre elles, bornons-nous à constater qu'elles ne peuvent être d'aucun secours dans la recherche qui nous occupe, à savoir quel est le principe ou, quels sont les principes en vertu desquels l'État agit quand il inflige un mal à l'individu. En voici une qui peut présenter cette utilité, et qui contient le résumé complet de notre système. Prenons-la, sauf à la justifier.

Les faits que l'État frappe légitimement peuvent se rattacher aux trois types que nous avons donnés plus haut et se ranger sous les trois dénominations suivantes :

Infractions individuelles ;

Infractions sociales ;

Infractions tout à la fois individuelles et sociales.

Les premières s'attaquent à l'*individu*, sans compromettre l'existence de la société. Exemples : l'assassinat, le vol, le faux isolés. Ici l'État *punit*, il ne se défend pas.

Les secondes compromettent l'existence de la société sans s'attaquer, directement du moins, à l'individu. Exemple : l'insurrection. Ici l'État *se défend*, il ne punit pas.

Les dernières compromettent l'existence de la société en s'attaquant directement à l'individu. Exemple : le brigandage. Ici l'État *se défend et punit* tout ensemble.

Comment donc, pourrait-on dire, distinguer deux classes d'infractions en n'appuyant la distinction que sur la multiplicité plus ou moins grande des délits, alors que le fait intrinsèque et considéré isolément reste le même ! Si notre théorie n'avait

Digitized by Google

d'autre tort que de soulever cet étonnement, il serait bien facile de la défendre. Est-ce que toujours les faits ne changent pas de nature et de nom, suivant leur fréquence ou leur rareté? N'en est-il pas ainsi pour les calamités qui nous arrivent par la faute de l'homme, comme pour celles qui viennent de causes supérieures à l'humanité? Est-ce que la médecine traite les cas sporadiques comme l'épidémie? Est-ce que le sens commun confond l'accident avec le fléau?

Mais contre notre théorie on peut invoquer une considération bien connue et que voici : Le délit social, dit-on, est toujours contenu dans le délit privé et réciproquement. Ils sont inséparables. L'attaque au droit individuel, l'assassinat, le vol, le faux, si rares qu'ils soient, si humble que soit la victime, n'atteignent pas seulement l'individu, ils atteignent nécessairement la société. Ils diminuent d'une petite parcelle, mais enfin ils diminuent la somme générale de sûreté et d'ordre qui appartenait à la société, qui était son bien. Le crime a donc nécessairement et tout à la fois, le caractère social et le caractère individuel. La distinction disparaît.

Eh bien! c'est là, il nous semble, une exagération de langage et une erreur. Non, le crime, si atroce qu'on le suppose, du moment où il se produit comme fait exceptionnel, ne compromet point l'existence de la société. Aujourd'hui la Cour d'assises ne chôme pas, malheureusement. Devant elle, entendons-nous jamais dire que le criminel qu'elle va punir a compromis l'existence sociale et nationale de la France, qu'il a voulu détruire la société? Eh! non, le misérable n'y a jamais songé. Il n'en a voulu qu'au droit de sa victime, à sa vie ou à son bien, et s'il a accompli jusqu'au bout son forfait, il a consommé la violation d'un droit individuel, c'est évident, et il en sera puni; mais la société a vécu avant, pendant, et elle vivra après le crime dans les mêmes conditions bonnes et mauvaises. Elle n'a pas été menacée de destruction, pas plus que la lumière n'est menacée par l'ombre d'un caillou qu'un enfant lance contre le soleil.

On insistera et l'on dira : Quand un citoyen est frappé dans son droit, la société tout entière est atteinte d'une manière, sinon directe, du moins indirecte. A la nouvelle du crime un trouble pénible s'empare des esprits, leur situation normale est changée. Ils étaient paisibles, maintenant ils sont agités. L'attention, tout à l'heure portée sur le travail quotidien, s'en

Digitized by Google

détourne. Chacun lève la tête et tous s'entre-regardent. C'est là, dit-on, le mal social contenu dans le délit privé. Non encore; et ce trouble, loin d'être un mal, est le signe d'un grand bien. D'où vient-il, et que prouve-t-il? Il vient de l'étonnement causé par le crime et il prouve que ce crime est un fait exceptionnel. Malheur aux sociétés où ce trouble salutaire ne se produit plus; c'est qu'alors le crime ou tel genre de crime y est devenu tellement commun qu'il n'y a plus lieu de le remarquer quand une fois de plus il est commis.

Ce serait peut-être là qu'il faudrait chercher le signe distinctif qui permettra de reconnaître si le crime est purement privé, et si, en conséquence, l'État est armé du droit de punition seul, ou bien si le crime est devenu crime social et si, en conséquence, l'État est investi tout à la fois du droit de punition et du droit de défense.

Il ressort de ce qui a été dit que le droit de défense autorise l'État à se servir de moyens plus prompts et plus énergiques. Mais précisément l'emploi de ces moyens n'a-t-il pas toujours soulevé la réprobation? D'abord il faut constater un fait, c'est que tous les États, quelle qu'ait été leur forme de gouvernement, monarchie absolue ou constitutionnelle, république une ou fédérative ont, sous des noms divers, institué des cours prévôtales, proclamé la loi martiale, suspendu l'*habeas corpus*. Il ne faut pas confondre le jugement de l'histoire avec les récriminations intéressées. Les partis hostiles, il est vrai, ont le plus souvent reproché à l'État l'emploi de ces moyens. Mais parfois aussi, ils lui ont reproché, et amèrement, de n'y avoir point recours. Ils ont taxé sa lenteur ou son abstention de faiblesse, d'oubli de ses devoirs, de complicité même avec les malfaiteurs. Qu'on se rappelle le langage des ennemis du gouvernement en 1829 et 1830 lors des incendies qui désolèrent plusieurs départements. Le jugement des partis étant forcément partial ne peut faire autorité. Celui de l'histoire diffère et quant à son caractère et quant à sa conclusion. Il approuve l'usage du droit de défense, il en condamne l'abus. Nous en fournirons bientôt des exemples.

Le crime contre l'individu ne contient donc point nécessairement une attaque directe ou indirecte contre la société. Voyons maintenant si à l'inverse le délit social contient toujours une violation des droits de l'individu.

Parmi les actes qui menacent le corps social de dissolution,

Digitized by Google

il est à coup sûr fort difficile d'en trouver un seul qui ne réagisse point sur les droits privés, puisque ceux-ci sont garantis par l'État, et qu'après sa destruction ils seront mis à la merci des usurpations.

Cependant les actes qui menacent l'existence de la société diffèrent profondément les uns des autres. C'est ici qu'il nous faut prouver la vérité juridique et historique de la seconde partie de notre distinction, celle qui range en deux groupes séparés les infractions purement sociales et les infractions tout à la fois individuelles et sociales.

On vient de dire en quoi elles se ressemblent, montrons en quoi elles diffèrent.

Leur caractère distinctif principal est dans l'intention de l'agent, intention qu'il est le plus souvent facile de déterminer. A-t-il voulu attaquer le droit social, c'est un insurgé. A-t-il voulu attaquer le droit privé, c'est un bandit.

L'État a trop souvent confondu le premier avec le second. Mais cette fois il a eu contre lui l'histoire et l'opinion; qu'il ait voulu voir des troupes d'assassins et de voleurs, dans les *curiales* du Bas-Empire, les Jacques français du moyen âge, les outlaws saxons, les gueux hollandais. Aujourd'hui ces confusions deviennent plus difficiles, grâce à la connaissance plus nette du droit des gens et du droit pénal. L'étude de ces deux sciences a porté des fruits. Nous en donnons en terminant deux preuves tirées des règles observées par les peuples civilisés en matière d'extradition et d'amnistie.

Des hommes armés fuyant devant les forces de l'État qu'ils ont attaqué et qui les a vaincus, passent les Pyrénées. La France les désarme et les garde chez elle. Ce sont des insurgés; pourquoi les livrerait-elle? L'État contre eux faisait acte de simple défense. Le danger qu'ils lui ont fait courir est dissipé. Tout est fini.

Un homme qui a commandé une bande se réfugie sur un vaisseau étranger, un autre qui a rempli ses poches de l'argent des contribuables, passe l'Océan. Que fait l'État dont l'hospitalité est ainsi surprise? Il met la main sur ce brigand ou ce voleur et les livre à leur pays qui contre eux va exercer le droit de punir.

On représente très-généralement l'amnistie comme une mesure dont l'intérêt seul est la loi déterminante. Cette idée est défendue par des jurisconsultes très-éloignés d'ailleurs de la

Digitized by Google

doctrine utilitaire de Bentham. Il nous semble que cette exception ne devait pas être faite. L'État ne peut prononcer légitimement l'amnistie que sur des infractions purement sociales, au profit des insurgés après sa victoire sur l'insurrection. Il ne le peut ni sur des infractions purement individuelles, ni sur des infractions tout à la fois individuelles et sociales. Une amnistie des faits de brigandage serait une monstruosité, même après l'arrestation du dernier des bandits. Par conséquent l'amnistie est toujours commandée ou défendue, non par l'intérêt social seul, mais par la justice et le droit. L'État l'a parfois oublié, mais parfois aussi il l'a reconnu. A Constantinople, sous le règne de Valentinien et de Valens, à une époque où l'on s'inquiétait assez peu du droit, une loi tendant à limiter l'abus des amnisties, décida qu'elles ne pourraient jamais être prononcées au profit des délations calomnieuses : *Fallaciter incusantibus accusationis abolitio non dabitur*[1]. Cette distinction entre deux classes si différentes d'infractions est au fond de toutes les lois, ordonnances et décrets d'amnistie promulgués en France pendant et depuis la Révolution. De 1789 à 1848 on en peut compter quatre-vingt-quatre. Tous contiennent l'application de ce qui vient d'être dit, et quelques-uns avec une netteté frappante. Le décret du 9 frimaire an II, notamment, porte ce qui suit; « art. 1er. Toutes procédures instruites et tous jugements rendus sur des faits relatifs aux insurrections populaires occasionnées jusqu'à ce jour à raison de l'accaparement et surhaussement du prix des denrées qui ont été comprises dans le décret du *maximum* sont abolis..... Art. 4. Sont exceptés de la présente amnistie les crimes d'incendie ou de meurtre qui auraient pu être commis dans les insurrections ci-dessus mentionnées. »

On ne pourrait pas citer un seul exemple législatif où la distinction entre l'infraction purement sociale et l'infraction ayant un caractère individuel soit oubliée ou méconnue.

Dans l'analyse philosophique des données du droit, dans l'histoire, dans la législation, nous retrouvons ce dualisme fondamental, non signalé par la doctrine, résultant de la coexistence parallèle des deux droits tout différents sur la nature desquels nous n'avons pas à revenir, le droit de dé-

[1] L. 3, C., *De abolitionibus.*

Digitized by Google

fense basé sur la loi de conservation, et le droit de punir basé sur le devoir qu'a l'État de garantir contre toute violation la sûreté individuelle.

Dans la partie critique de ce travail l'on a prononcé les mots d'intolérance, de manque de moralité dans la peine, d'arbitraire. Inutile de dire que ces reproches ne s'adressent ni aux auteurs, ni même aux doctrines prises dans leur ensemble, mais seulement aux formules dont ils les ont revêtues.

Le système de la justice absolue conduit vers des conséquences fatales à la liberté de conscience. Est-ce à dire que Kant ait été intolérant? Le laisser croire serait une preuve d'ignorance plus encore que d'injustice. Ce serait faire voir qu'on n'a pas lu ces pages où il établit l'inviolable indépendance de la foi.

Le système de la répression limitée par la justice sociale permettrait d'enlever à la peine le caractère de moralité qu'elle doit porter en elle. Il faudrait n'avoir point lu dans le livre de M. Franck l'excellente troisième partie toute pleine de pensées élevées et morales pour songer à faire remonter jusqu'à lui ce reproche.

Le système qui fonde le droit de punir sur le droit de commander, avons-nous dit, ouvre la porte à l'arbitraire du pouvoir. Il peut avoir des suites menaçantes pour nos libertés individuelles. Qui donc a défini mieux que M. Bertauld les conditions de légitimité du commandement social[1]? Qui a mieux défendu nos libertés en face de la souveraineté de l'État[2]?

Nos critiques s'adressent aux formules seules. Elles ne sont pas pour cela de vaines disputes de mots. Aujourd'hui, avec nos procédés d'élaboration législative, les formules ont une importance énorme. Dans les discussions de la presse et surtout de la tribune, elles sont souvent invoquées. On les rappelle sous forme d'axiomes, on ne les reproduit pas avec les tempéraments sagement apportés par leurs auteurs. Chacun en tire au profit de sa thèse toutes les conséquences que leurs termes permettent d'en tirer. La meilleure des formules, qu'il faut chercher sans cesse, n'est pas seulement celle qui contient le plus de vérité, c'est surtout celle dont il est le plus difficile d'abuser.

H. CHRÉTIEN.

[1] V. *Étude sur le droit de punir*, ch. II; *Quelles sont les conditions de légitimité du pouvoir et de la loi?*

[2] *La liberté civile.*

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

G. G. LEIBNITII DE NOVA METHODO DISCENDÆ DOCENDÆQUE JURISPRUDENTIÆ.

SÉNAC DE MEILHAN ET L'INTENDANCE DU HAINAUT ET DU CAMBRESIS SOUS LOUIS XVI,

Par Louis LEGRAND, docteur en droit et docteur ès-lettres, avocat [1].

Compte rendu par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Leibnitz était un philosophe dans l'acception la plus large du mot, comme ces sages de l'ancienne Grèce, qui embrassaient toutes les connaissances humaines, qui étudiaient pour méditer sur leur étude, cherchant à la fois le dernier mot des sciences et la cause première des choses. Un homme tel que lui n'aurait pas manqué de porter, ne fût-ce qu'en passant, son attention sur cette science du droit, dont les applications sont si spéciales, mais dont les principes sont si généraux, qui aboutit au détail le plus technique, mais qui part des idées les plus hautes, à la fois les plus nécessaires et les plus accessibles à l'humanité entière. Ce fut précisément une de celles par lesquelles il débuta. Son grand-père maternel avait été professeur de droit. Lui-même, avant dix-sept ans, étudia les lois et suivit les tribunaux; il y prit autant de goût pour la jurisprudence que d'horreur pour les habiletés des avocats (*advocatorum versutias*). Aussi s'abstint-il de plaider et se mit-il à écrire. Il choisit le parti le plus avantageux pour la postérité.

Il ne paraît pas que celle-ci en ait tiré grand profit et M. Legrand a trouvé les livres publiés par Leibnitz tout couverts d'une poussière qu'il s'est chargé de balayer, nous dit-il.

En traitant du droit, Leibnitz s'est appliqué, tantôt au fond de la science, tantôt à la méthode. M. Legrand a choisi le second de ces deux sujets. Il n'a touché au premier que dans la mesure où y il était forcé pour ne laisser aucune lacune dans sa thèse. La Sorbonne a regretté qu'il eût fait un choix et n'eût pas tout dit. Elle avait raison en ce que deux bons ouvrages

[1] Valenciennes, J. Giard. — Paris, Thorin, boulevard Saint-Michel, 58. 1868.

Digitized by Google

valent mieux qu'un. A vrai dire même, les deux sujets feraient naturellement les deux parties d'un seul ouvrage. Peut-être M. Legrand achèvera-t-il ce qu'il a commencé. Ne poussons pas cependant l'amour de la philosophie et du droit jusqu'à souhaiter pour lui au barreau de Valenciennes des loisirs qui lui permettent de commenter Leibnitz pendant longtemps. Du reste, faut-il regretter vivement qu'il se soit de préférence attaché à la méthode? Tout n'a pas cessé d'être intéressant daus les livres consacrés par Leibnitz au droit lui-même; les plus hautes questions philosophiques s'y trouvent engagées, notamment celle par laquelle se termine la thèse de M. Legrand : La justice est-elle une création de Dieu ou fait-elle partie de son essence? Mais, s'il n'en est pas de plus importante, il faut avouer qu'elle appartient principalement à la métaphysique. Sur d'autres points, l'intérêt qui s'attachait aux recherches et aux dissertations de Leibnitz a peut-être disparu. Nous ne nous informons plus d'un livre *De Jure suprematus ac legationis principum Germaniæ*. Au siècle où nous vivons, le *Codex juris gentium diplomaticus* n'a guère plus d'utilité. L'antique droit des gens semble avoir été enveloppé dans la même ruine que le vieil empire romain germanique, et ce n'est pas le rétablissement de celui-ci qui profitera beaucoup à celui-là.

Un ouvrage sur la méthode est au contraire utile, même après deux cents ans. Ce qu'on enseigne change : l'esprit humain qu'il faut instruire ne change pas. Le traité de Leibnitz date, il est vrai, de sa première jeunesse, mais l'âge de l'auteur en doit accroître l'autorité, d'après M. Legrand, parce qu'un bon esprit sent d'autant mieux le défaut de la méthode reçue qu'il vient de la subir à l'école. Avouons cependant qu'un peu de maturité, que l'expérience personnelle de l'enseignement ne nuiraient pas à l'exactitude du jugement: de bons esprits peuvent être égarés par la rancune, pour s'être crus mal jugés ou pour avoir été ennuyés.

M. Legrand suit l'ouvrage de Leibnitz en le résumant. S'il avait disposé autrement son étude, il aurait paru critiquer la manière dont Leibnitz appliquait la méthode tout en voulant faire admirer la manière dont ce grand homme la comprenait. La thèse est écrite dans un latin clair, vif, spirituel, où l'on trouve rarement des traces de l'attachement de l'auteur pour sa langue maternelle.

La première partie est consacrée à un plan général d'études;

Digitized by Google

on y rencontre quelques vues ingénieuses, mais les idées trop peu mûries n'y manquent pas non plus; on sent que le futur philosophe a écrit quelquefois sous l'inspiration d'un maître, et alors il n'a pas le mérite de l'originalité, quelquefois en vue d'être original, et alors il n'évite pas toujours les bizarreries, même choquantes. La seconde partie, *ad jurisprudentiam restricta*, est naturellement la plus importante de la thèse. Leibnitz propose pour la jurisprudence la division suivante, empruntée à la théologie : elle est didactique, historique, exégétique ou polémique. La jurisprudence didactique diffère de la jurisprudence exégétique en ce que la première est destinée aux règles certaines des livres authentiques, la seconde à l'interprétation de ces mêmes règles. L'utilité de cette distinction n'est pas évidente.

Le chapitre Ier de la deuxième partie, *de jurisprudentia didactica*, renferme une excellente dissertation sur l'ordre adopté dans les Institutes et sur celui que Leibnitz propose pour le remplacer. Leibnitz repousse le premier, 1° parce que les actions, provenant du droit des choses et du droit des personnes, ne doivent pas être mises dans un autre chapitre que les personnes et les choses; 2° parce que les personnes mêmes sont quelquefois regardées comme des choses, les fils de famille et les esclaves; 3° parce que cet ordre est fondé sur le fait et non sur le droit. Ce dernier reproche est le plus grave de tous : Leibnitz le développe avec une spirituelle ironie; lui-même a la prétention de trouver un ordre différent et meilleur, un ordre vraiment rationnel : il veut trois parties, le *sujet*, l'*objet* et la *cause* des droits ou facultés d'agir, des obligations ou nécessités d'agir. C'est à propos du *sujet* qu'il sera traité de la succession, « Quia successio est motus juris vel obligationis de subjecto in subjectum. » L'*objet* comprend le corps du sujet, les choses, la personne d'un tiers; le droit du sujet sur son corps s'appelle la liberté. Leibnitz distingue deux causes, la nature et l'action, celle-ci comprenant la possession, *l'injuria*, la convention et jusqu'à la succession.

M. Legrand adresse à Leibnitz des critiques judicieuses, mais qui ne portent pas sur l'ensemble du plan; et cependant il le rejette. L'ordre qu'il préfère, dit-il (p. 39), est celui qui est maintenant adopté en Allemagne et qui est *ex ipsis naturæ penetralibus extractum*. Il veut qu'on étudie les *choses*, les *obligations*, la *famille*, les *successions*, au moins dans

Digitized by Google

le droit moderne. Quant au droit romain, ce qu'il y a de plus commode et par conséquent de meilleur, c'est de garder l'ordre de Justinien.

Il faut observer toutefois que l'ordre allemand a été imaginé en vue du droit romain. M. Legrand ne s'accorde qu'en apparence avec ceux dont il loue la méthode; son éloge est en outre excessif ou du moins peu justifié. Est-il bien sûr que ce plan soit tiré de la nature même? L'histoire de notre législation ne donne-t-elle pas, on va le voir, l'avantage à celui de Leibnitz?

Il était très-difficile de soumettre à la méthode l'enseignement du droit romain. La difficulté tenait au fond même de ce droit, à la manière dont il s'était formé et dont il s'appliquait. La procédure n'y était pas nettement séparée des règles civiles proprement dites. Une très-grande partie de celles-ci avait été introduite par le magistrat chargé de donner l'action. L'application en était subordonnée à la demande, à la délivrance, à la rédaction de la formule, aux divers incidents du procès. L'étude de la propriété, des obligations était ainsi presque fatalement divisée en deux parties; on commençait en traitant des choses, et l'on finissait en traitant des actions. Nos professeurs de droit romain rencontrent la même difficulté; la plupart bornent leurs efforts à améliorer un ordre rendu plus nécessaire encore chez nous que chez les Romains par la subordination de l'enseignement à un livre classique.

Dans les états modernes, même dans ceux où le droit romain reçoit encore une application de jour en jour plus restreinte, cette difficulté ne se présente plus. La procédure est mise entièrement à part. Elle trouve sa place dans des codes et dans des cours spéciaux. Les rédacteurs et les professeurs de droit civil ne sont plus gênés, soit par la réunion de matières étrangères les unes aux autres dans un même recueil, soit par la diversité que présenteraient l'origine, l'application et la sanction de règles relatives à un même sujet. Retrouve-t-on dans notre code l'ordre de Gaius et de Justinien? On l'a dit souvent, M. Legrand l'affirme. En vérité, nous n'avons emprunté aux Institutes, pour la classification de nos lois civiles, qu'une seule idée, celle d'une division tripartite. Mais comment faire cadrer avec la partie *des actions* le troisième livre du Code Napoléon : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété?* Il est possible qu'on ait cherché de quoi mettre à

Digitized by Google

la place du sujet que traitait Justinien et qui était réservé pour former le Code de Procédure, mais on a trouvé, et, sans le savoir, un plan analogue à celui de Leibnitz : Du *sujet*, de l'*objet*, des *causes*. Assurément c'est une simple analogie que nous signalons. Les différences sont très-nombreuses entre le projet de Leibnitz et la classification du Code. Il n'en est pas moins vrai que l'idée fondamentale est la même et l'analogie s'est produite à l'insu de ceux qui venaient les derniers, hommes de pratique, plus disposés à rendre hommage à la philosophie dans leurs *discours* qu'à la consulter dans leurs travaux. Peut-on nier le caractère naturel et rationnel d'un plan ainsi recommandé à un siècle et demi de distance, d'abord par un grand philosophe, ensuite par les hommes les plus familiers avec l'application des lois, quoique les uns et les autres aient pu le déparer, le premier par des subtilités, les seconds par des inconséquences?

Après avoir critiqué Leibnitz avec un peu d'excès, M. Legrand a dû être heureux de rappeler ce que lui doit la *Jurisprudentia historica*, enrichie par lui de la distinction entre l'histoire interne et l'histoire externe du droit et de la division de l'histoire romaine en quatre périodes. Tout le monde s'est approprié ces idées; ce n'est pas une raison pour qu'on oublie de qui on les tient.

Si l'auteur abandonne Leibnitz dans une occasion où il pourrait le soutenir, son livre très-remarquable sur l'intendant Sénac de Meilhan, donnerait peut-être lieu à une observation contraire. Les hommes de second ordre obtiennent quelquefois la bienveillance de ceux même qui n'accordent pas toujours une complète justice aux hommes de génie. Les critiques sont moins exigeants pour les premiers. Il est d'ailleurs dans la nature de porter un intérêt particulier à ses obligés ou à ses créatures. Voilà pourquoi, sans doute, M. Legrand dit que dans un pays libre, son héros aurait pu devenir Pitt ou Shéridan. Pour Shéridan, passe encore; mais Pitt! ni la vie racontée, ni les ouvrages analysés par M. Legrand ne justifient une hypothèse si flatteuse. Voilà pourquoi M. Legrand laisse passer comme une chose naturelle l'idée prodigieuse qu'a eue Sénac de composer avec les centons de Tacite un éloge de Potemkin, le favori de Catherine II (page 82)! Hâtons-nous de dire que si M. Legrand a cédé par moment à cette particulière influence des morts méconnus sur ceux qui les font connaître

Digitized by Google

et apprécier, c'est parce qu'il n'y a pour personne moyen d'en triompher toujours. Il est rare de trouver un sens moral et un sens critique plus constamment éveillés que dans le livre dont nous parlons. Les idées fausses, quand il s'en rencontre dans les écrits de Sénac, les traits peu honorables, quand sa vie en offre, sont signalés et jugés sans pitié. L'auteur est indépendant même de son héros; nous pouvons ajouter même de sa patrie, car il n'hésite pas à condamner chez ses ancêtres et ses compatriotes de Valenciennes des idées étroites ou une condescendance excessive soit pour le pouvoir royal, soit pour les autorités locales.

L'ouvrage est divisé en deux parties très-distinctes, un peu trop; la première, consacrée à la biographie de Sénac de Meilhan ; la seconde, où le sujet s'élargit, mais non peut-être sans se dénaturer, consacrée à l'état administratif et judiciaire d'une province française sous le règne de Louis XVI.

La biographie n'est-elle pas plus intéressante que la vie ? L'auteur a mis plus d'esprit dans celle-là qu'il n'a trouvé d'évènements dans celle-ci. Les incidents manquent, mais M. Legrand a cherché à peindre plutôt qu'à raconter. Le dix-huitième siècle, il est vrai, se prête mieux à la peinture qu'à la narration, et les anecdotes même dont il fourmille valent principalement comme traits de mœurs. Voilà du reste ce qui fait l'unité réelle du livre avant de faire connaître la situation politique et judiciaire d'une province, M. Legrand rappelle l'état social du pays. Toute cette partie est écrite d'un style incisif et brillant. Peut-être trouverait-on quelque dédain pour certaines nuances que l'auteur se refuse à goûter ou à reproduire, de crainte qu'à les rechercher on ne perde l'énergie et l'on ne compromette la vérité. On peut voir néanmoins avec quelle délicatesse il parle de l'amitié de la marquise de Créqui pour Sénac. Les mots heureux sont en grand nombre. Les jugements littéraires sont très-fins au fond, quoique très-nets en la forme.

La seconde partie, où Sénac joue un rôle très-effacé, où son intervention est rare et peu importante, quelquefois même peu honorable, vient prendre une place excellente parmi les travaux que notre siècle consacre aux dernières années de l'ancienne France. L'auteur se range de lui-même à la suite de M. de Tocqueville ; il ne prétend qu'à confirmer, par un détail sûr et complet, ce qu'a écrit ce grand esprit, dans un résumé

Digitized by Google

puissant, sur la Révolution et l'ancien régime. Il examine d'abord l'état du droit administratif, l'organisation politique et judiciaire au commencement du règne de Louis XVI, c'est-à-dire l'ancien régime, encore intact, dans son application à une petite province, en second lieu, l'essai de réformes, mais locales et partielles, fait ou secondé par la royauté, enfin le préliminaire de la grande réforme, de la révolution, qui n'a pu être ni prévenue ni prévue, préliminaire qui se passe dans les opérations électorales et laisse sa trace dans les vœux et doléances. La transition du passé à l'avenir est ainsi complétement étudiée. Cette étude est faite avec un grand soin, une remarquable richesse de détails, dont la plupart sont inédits. On ne pourra la consulter sans en tirer un sérieux profit.

C'est avec un vif intérêt qu'on voit apparaître dans les assemblées provinciales convoquées en 1787 ces deux idées, qui devaient être si funestes à la monarchie, du doublement du tiers et du vote par têtes. On comprend que le pouvoir ait appliqué la première aux États-Généraux, sûr qu'elle agréait à l'opinion publique et n'en ayant encore éprouvé aucun inconvénient, on se demande comment il n'avait pas vu que la seconde en était la conséquence nécessaire. Il tâchait de plaire et ne pouvait pas conduire.

L'auteur tire de son travail cette conclusion que ce qui est arrivé devait arriver. S'il n'est pas le premier qui exprime cette idée, on peut reconnaître qu'il l'a fortifiée. En le lisant, on est frappé du contraste que présentent l'immensité des besoins ressentis, des espérances conçues, et l'insignifiance des moyens employés pour satisfaire ceux-là et répondre à celles-ci. Quand on sortait alors des idées générales, toujours vagues, c'était pour se prendre à un détail, toujours insuffisant; encore les plus modestes réformes étaient-elles constamment entravées par des passions ou des intérêts qui faisaient revenir sur un premier mouvement trop généreux. Jamais les intentions ne furent meilleures de toutes parts, jamais les desseins ne furent moins précis; ceux qui demandaient ne savaient pas où il leur faudrait s'arrêter, ceux qui promettaient jusqu'où ils pourraient et devraient s'avancer. La faiblesse et l'imprévoyance des hommes rendirent nécessaire l'action terrible d'une force qui les prit pour de simples instruments.

La révolution n'a pas tellement changé la France qu'on ne puisse, selon la remarque de M. de Tocqueville, rencontrer des

Digitized by Google

traits communs à l'ancien régime et au nôtre, et nous n'avons pas toujours lieu de nous en féliciter. Peut-être n'y a-t-il plus de fonctionnaires auxquels s'appliquent les observations de Necker sur les intendants! « A peine peut-on donner le nom d'administration à cette volonté arbitraire d'un seul homme qui, tantôt présent, tantôt absent, tantôt instruit, tantôt incapable, doit régir les parties les plus importantes de l'ordre public. Présumant toujours, et peut-être avec raison, qu'on avance encore plus par l'effet de l'intrigue et des affections que par le travail et l'étude, ces commissaires sont impatients de venir à Paris, et laissent à leurs secrétaires ou à leurs subdélégués le soin de les remplacer dans leurs devoirs publics [1]. » Mais que de petites villes pourraient prendre pour elles ces réflexions suggérées par une enquête judiciaire! « Ces cités restreintes dont le développement industriel était arrêté par une ceinture de fortifications et une zone de servitudes militaires, n'avaient guère que deux ressources : leur garnison et leur tribunal; aussi à la seule pensée de les perdre versaient-elles de vraies larmes. Leurs expressions sont des plus plaintives; Bouchain serait au terme de la consternation : Le Quesnoy deviendrait un désert [2]. »

De semblables faiblesses doivent être sévèrement jugées par M. Legrand. Il est très libéral et aussi très attaché à l'égalité. Mais la distinction de son esprit ne lui permet pas d'être injuste, quoique la netteté de ses opinions lui prescrive d'accentuer vivement ce qu'il pense de juste. Il ne se fait pas d'illusions sur la manière dont s'expriment ou se conduisent les partisans de ses idées. Nous avons remarqué un passage où il rend à la fois ce qu'il doit à une conviction ardemment démocratique et à la pureté du goût. Après avoir parlé de doléances emphatiquement rédigées par de pauvres gens, il dit : « Il ne faut pas rire de ce style boursoufflé; car il traduit peut-être bien des misères réelles; c'est une erreur de croire que les simples et les souffrants parlent un langage simple, nul n'est déclamateur comme le peuple quand il se mêle d'écrire [3]. »

ALBERT DESJARDINS.

[1] P. 30.
[2] P. 304.
[3] P. 405.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Question de nationalité.

Réquisitoire de M. Levieil de la Marsonnière, procureur général à la Cour impériale de Colmar.

La Cour impériale de Colmar vient de statuer, en audience solennelle, sur une question de nationalité qui touche au droit civil et au droit public international. L'arrêt de la Cour, longuement et fortement motivé, était digne à tous égards de la publicité qui lui a été donnée dans les journaux judiciaires. On nous saura gré de reproduire ici la seconde partie de la brillante discussion à laquelle s'est livré M. de la Marsonnière, procureur général à la Cour impériale de Colmar ; partie écrite, où se trouvent réunis et analysés avec le plus grand soin les documents les plus intéressants. Il nous semble qu'un exposé rapide des faits et un résumé de la discussion orale, formant la première partie du réquisitoire de M. le procureur général, feront mieux comprendre les pages que nous sommes si heureux de reproduire.

Le nommé Jean Ostermann, né à Colmar le 5 septembre 1822 de parents français, était allé se fixer à Bâle dans le courant de l'année 1850. Il y avait été élevé, et y avait demeuré avec ses parents de 1829 à 1836. Il s'y maria une première fois avec une femme suisse, dont il eut deux enfants, il y concentra et réalisa tous ses intérêts de fortune. Après avoir longtemps travaillé comme employé dans une maison de commerce, il devint le chef d'un établissement commercial sous la raison sociale Ostermann et comp^ie^. Sa première femme mourut en 1861; en 1862, il convola en secondes noces avec une nommée Marguerite Schneider, bourgeoise de Bâle. Dès avant ce second mariage, le 28 janvier 1862, Ostermann avait adressé au petit conseil de Bâle une pétition tendant à l'obtention du droit de bourgeoisie. Cette pétition fut transmise au conseil de la ville et fut suivie alors de l'avis qu'il y avait lieu de proposer au grand conseil d'admettre Jean Os-

Digitized by Google

termann au droit de bourgeoisie. En exécution de cette décision suprême, un certificat ou brevet de bourgeoisie lui fut délivré, à la date du 31 mars 1862. Conformément aux usages du pays, il fut procédé, à la date du 5 avril, à son installation en qualité de bourgeois de Bâle.

Ostermann tomba en faillite en 1867, et s'étant réfugié à Strasbourg, il fut recherché par le gouvernement suisse qui demanda son extradition au gouvernement français, sous l'inculpation de banqueroute frauduleuse. L'autorité administrative mit Ostermann en état d'arrestation, mais l'inculpé, contestant sa nationalité suisse, excipa contre l'extradition demandée de sa qualité de Français. En présence de cette prétention, le gouvernement français sursit à statuer sur l'extradition jusqu'à ce que l'autorité judiciaire française se fût prononcée sur la question préjudicielle soulevée par Ostermann, par voie de requête, devant le tribunal civil de Strasbourg, qui, sur les conclusions conformes du ministère public, a déclaré, par jugement du 6 février 1868, que Jean Ostermann avait conservé sa qualité de Français.

En présence de cette décision le gouvernement français a mis Jean Ostermann en liberté et suspendu la décision à prendre sur la demande d'extradition, jusqu'à ce qu'il eût été statué par la Cour de Colmar sur l'appel interjeté par M. le procureur général.

L'appel a été interjeté le 25 février 1868.

Il soulevait les deux questions suivantes : 1° l'appel du ministère public est-il recevable? 2° au fond, en fait, Jean Ostermann a-t-il acquis le droit de bourgeoisie de Bâle-Ville et du canton de Bâle? en droit, l'acquisition de cette qualité a-t-elle eu pour effet de lui attribuer la nationalité suisse et de lui faire perdre la nationalité française?

Sur la recevabilité de l'appel, M. le procureur général s'est livré à une discussion des plus approfondies.

Il a démontré, de la manière la plus péremptoire, que le ministère public avait le droit d'action, l'initiative, en autres termes qu'il était partie principale dans toutes les circonstances qui intéressent l'ordre public. Mettant en relief les documents nombreux de jurisprudence favorables à cette doctrine, qui est si conforme aux textes mêmes de notre droit

Digitized by Google

actuel [1], à notre ancienne jurisprudence et aux traditions constantes du ministère public en France, il a fait jaillir de ces documents une théorie éminemment protectrice des intérêts de la société, une théorie consacrée aujourd'hui par une jurisprudence à peu près unanime. S'il est une question qui intéresse l'ordre public, c'est bien assurément une question de nationalité. L'appel était donc recevable. Le ministère public pouvait d'ailleurs se porter partie principale en appel, bien qu'en première instance il n'eût conclu que comme partie jointe, et conclu dans un sens opposé à celui dans lequel il avait conclure en première instance. (Orléans, 1er août 1863; Dalloz, 64, 2, 15.— Besançon, 6 février 1866; Dalloz, 66, 2, 14. — Cass., 25 mars 1867; Dalloz, 67, 1, 300. — Paris, 3 juin 1867; Dalloz, 67, 2, 97. — V. également Rouen, 18 mars 1861 ; Nîmes, 11 juin 1860; Dalloz, 62, 2, 17 et 18.)

Je reproduis maintenant la seconde partie du réquisitoire de M. de la Marsonnière.

LÉONCE DE RESBECQ,
substitut au procureur impérial à Strasbourg.

QUESTION DE NATIONALITÉ.

Le droit d'action étant démontré, et l'appel du procureur général étant par conséquent recevable, le débat porte uniquement désormais sur le point de savoir si l'appel est fondé.

Quatre questions sont soumises à la Cour:

Premièrement, en fait, Ostermann a-t-il acquis, à Bâle, la bourgeoisie communale?

Deuxièmement, en droit, l'acquisition de la bourgeoisie de Bâle a-t-elle eu pour effet, selon le droit public bâlois, de conférer à Ostermann la bourgeoisie du canton?

Troisièmement, en devenant bourgeois du canton, Ostermann n'a-t-il pas, selon le droit public fédéral, acquis la nationalité suisse?

[1] Art. 1, tit. 8, loi du 24 août 1790.— Art. 46 de la loi du 20 avril 1810. V. sur cette intéressante question le résumé de la jurisprudence Dalloz, *Recueil périodique*, p. 5 à 7; le remarquable rapport de M. le conseiller Laborie, et l'éloquent réquisitoire de M. le procureur général Dupin. V. aussi un arrêt de la Cour suprême, 21 mai 1856; D. P., 56, 1, 118.

Digitized by Google

Quatrièmement, quel est le sens et la portée de l'article 43 de la Constitution fédérale suisse du 12 septembre 1848, dans ses rapports avec la naturalisation suisse d'un sujet français?

Première question.— Résulte-t-il des titres et des documents réunis au dossier du ministère public la preuve que Jean Ostermann a acquis la bourgeoisie communale de Bâle?

Je vous ai lu, messieurs, l'interrogatoire dans lequel Jean Ostermann rend compte des divers incidents de sa vie. Né en France en 1822, il est élevé à Bâle et il y demeure avec ses parents de 1829 à 1836; il rentre en France, y satisfait à la loi sur le recrutement, puis, en 1850, il revient à Bâle pour y établir définitivement son domicile; en 1858, il fonde à Bâle un commerce; sa première femme, originaire du canton d'Argovie, décédée en 1861, lui laissant deux enfants; enfin, en 1862, il s'apprête à contracter un second mariage avec Marguerite Schneider, bourgeoise de Bâle.

C'est à ce moment qu'Ostermann songe à acquérir le titre et la qualité de bourgeois de Bâle. Dans quel but? Ce n'est point en vue d'obtenir le libre exercice de ses droits civils, exercice que les traités entre la Suisse et la France assurent réciproquement aux nationaux des deux pays[1]. A cet égard, la bourgeoisie bâloise n'ajoutait rien à ce qu'il possédait déjà; pourquoi donc veut-il acquérir cette bourgeoisie? Évidemment c'est en vue des avantages civiques que lui procurera son entrée dans la famille civique qu'on appelle la bourgeoisie de Bâle; il le reconnaît lui-même en partie dans l'interrogatoire que lui a fait subir, le 6 décembre dernier, M. le procureur impérial près le tribunal de Strasbourg.

La bourgeoisie de Bâle, communauté qui repose sur des bases tout à fait patriarcales, est en effet une véritable famille sur chaque membre de laquelle le gouvernement, qui en est le chef, étend une surveillance et une protection quasi-paternelles. Celui qui entre dans cette communauté passe avec le gouvernement un véritable contrat d'assurance qui garantit ses enfants contre l'abandon et contre la misère; les enfants issus du mariage d'un bourgeois de Bâle sont, en cas de mort, d'absence ou d'incarcération de leur père, pourvus par la communauté d'une tutelle spéciale à la loi bâloise, et acquiè-

[1] Traité du 29 septembre 1827.

Digitized by Google

rent des droits à une assistance publique d'une nature particulière, organisée par la loi bâloise pour les bourgeois de Bâle et placé sous l'autorité directe du gouvernement ; aussi lorsqu'un étranger, établi à Bâle, contracte une union avec une Bâloise, demande-t-il presque toujours son entrée dans la bourgeoisie afin d'assurer à ses enfants les avantages que leur garantit leur qualité d'enfant de bourgeois.

C'est donc pour conquérir un avantage, nécessairement corrélatif d'obligations et de devoirs, que Jean Ostermann, le 28 janvier 1862, adressa au gouvernement bâlois la pétition que voici.

« Très-honoré monsieur le bourguemestre, très-honorés mes-
« sieurs, — le soussigné Jean Ostermann, négociant, né à Col-
« mar le 5 novembre 1822, est domicilié à Bâle depuis 1827, où
« il a été élevé et où il a reçu la communion. Il est entré en
« apprentissage dans la maison de commerce de MM. Eckhardt
« et compagnie, et après l'avoir terminé, il est entré en condi-
« tion; il a épousé, en 1857, madame Emilie, née Humbel. De
« cette union sont nés un garçon appelé Jean-Jacques, né le
« 9 janvier, 1859 et une fille du nom d'Émilie, née le 5 juin 1861.
« L'éducation que le soussigné a reçue dans ladite ville et les
« connaissances qu'il y a acquises l'ont mis en état de s'asso-
« cier à la maison Ostermann et comp. fondée depuis quatre ans,
« et de se mettre, depuis une année, à la tête de l'établissement
« sous la commandite de M. Rudolf Lauber. En assurant ainsi
« une existence à sa famille, le soussigné éprouvait depuis
« longtemps le désir de se FAIRE NATURALISER dans la commune
« où il a été élevé et où il a fondé son existence et une famille.
« — Après la perte douloureuse de son épouse Emilie, née
« Humbel, le soussigné s'est fiancé avec une bourgeoise de
« Bâle, veuve Marguerite Bricard, née Schneider, dans le but
« de donner une mère à ses enfants et de s'assurer un nouvel
« appui dans les affaires de son négoce. Les liens qui l'atta-
« chent à la commune de Bâle, ses antécédents et le mariage
« qu'il a contracté engagent le soussigné à vous adresser la
« respectueuse demande de bien vouloir lui accorder la bour-
« geoisie communale *moyennant payement de droits*. — Bâle
« 28 janvier 1862. — Signé Jean Ostermann. »

En même temps qu'il présentait cette pétition, où la *naturalisation* est demandée en termes formels, Ostermann adres-

Digitized by Google

sait à la ville de Bâle une attestation qui, suivant les usages adoptés dans le canton de Bâle pour la naturalisation des Français, a pour objet de remplir le vœu du n° 4 du § 7 de la loi du 4 décembre 1848.

Cette attestation est ainsi conçue :

« Nous, maire de la ville de Colmar, chevalier de la Légion « d'honneur, certifions que le sieur Ostermann Jean, fils de « Jean et de Madeleine Umbdenstock, né à Colmar le 5 décem- « bre 1822, ayant eu son domicile en cette ville il y a environ « douze ans, demeurant aujourd'hui à Bâle (Suisse), est libre « aux yeux de la loi française de se faire admettre à la bourgeoi- « sie de Bâle, attendu qu'il n'est lié par aucun engagement qui, « à notre connaissance, puisse former obstacle à son projet. « Colmar, le 22 février 1862. — Le maire. Signé de Peyremoff. »

En outre de cette attestation dont le sens prouve clairement, de la part d'Ostermann, l'intention de se détacher de la patrie française, le pétitionnaire produisait tous les autres documents nécessaires pour répondre au vœu du § 7 de la loi bâloise du 4 décembre 1848 sur la bourgeoisie, lequel est ainsi conçu :

« Tous ceux qui demanderont le droit de bourgeoisie chez « nous devront justifier : 1° qu'ils appartiennent à l'une des « confessions chrétiennes ; 2° ils devront prouver que la fa- « mille à laquelle ils appartiennent jouit d'une bonne réputa- « tion ainsi que de tous ses droits civils, civiques et politi- « ques ; 3° qu'ils possèdent de la fortune ou qu'ils ont des « revenus suffisants ; 4° et si ce sont des étrangers, que rien « ne s'oppose à leur *émigration*, et, en cas d'admission, ils « devront renoncer par écrit à leurs droits de bourgeoisie an- « térieurs. »

Saisi de cette demande, le petit conseil, c'est-à-dire le gouvernement, se réunit le 1er février 1862 pour délibérer et, conformément au § 1er de la loi du 4 décembre 1848, il rendit la délibération suivante :

« Jean Ostermann, de Colmar, élevé ici, établi depuis long- « temps en qualité de négociant, veuf, père de deux enfants, « fiancé avec une veuve d'ici, demande à acquérir le droit de « bourgeoisie de cette ville. Cette demande sera transmise « au conseil de la ville. »

Ce renvoi au conseil de la ville, ou conseil municipal, est

Digitized by Google

prescrit par la loi, parce que c'est à lui qu'il appartient d'informer sur le point de savoir si l'admission du candidat est sans inconvénient pour les intérêts de la cité, et de déterminer les conditions pécuniaires moyennant lesquelles ces admissions auront lieu. En effet, ces droits sont plus ou moins élevés, aux termes des §§ 8 et 9 de la loi de 1848, selon que l'étranger, candidat à la bourgeoisie, est sans précédents dans la cité ou au contraire y a été *élevé*. En ce dernier cas, son entrée dans la communauté n'est tarifée qu'à la moitié des droits fixés par le § 8, et, aux termes du § 5, ses enfants ont droit à l'admission gratuite.

C'est sur ces bases que le conseil de la ville établit sa proposition d'admission en faveur d'Ostermann, proposition constatée par la délibération du petit conseil du 9 mars 1862, ainsi conçue :

« Le conseil de la ville propose les admissions au droit de « bourgeoisie suivantes ou au grand conseil, savoir (de 1 à « 14....) 15e, Jean Ostermann, négociant, de Colmar, Alsace, « élevé dans cette ville et fiancé avec une bourgeoise pour « les droits de 428 francs 75 centimes. — Les deux enfants « du premier lit seront admis gratuitement conformément « au § 5. Les solliciteurs sont recommandés au grand conseil « pour l'admission. »

Ainsi, Ostermann faisait alors partie d'une série de quinze candidats qui aspiraient en même temps que lui à la bourgeoisie bâloise.

Le grand conseil, qui est à la fois le corps législatif et l'autorité suprême du canton délibéra le 31 mars 1862, sur les propositions du conseil de la ville, et rendit la décision ci-après :

« Le petit conseil recommande, pour l'admission au droit « de bourgeoisie de la ville, les solliciteurs suivants, qui ont « été accueillis par les autorités de la ville.... (de 1 à 14)... 15, « Jean Ostermann, négociant, de Colmar (Alsace), élevé dans « notre ville et fiancé avec une bourgeoise pour les droits « de 428 francs 78 centimes. Ses deux enfants du premier « lit seront reçus gratuitement conformément au § 5. — Ces « solliciteurs sont admis au droit de bourgeoisie aux condi- « tions proposées. »

En exécution de cette décision suprême, un certificat ou brevet de bourgeoisie fut délivré à Ostermann le 31 mars 1862; il

Digitized by Google

est ainsi conçu : « Le sieur J. Ostermann, de Colmar, veuf, né-
« gociant, père de deux enfants, ayant fait une demande d'ad-
« mission au droit de bourgeoisie dans la ville de Bâle, et le
« petit conseil ayant déclaré que le grand conseil *de la ville*
« avait approuvé la demande du réquérant, après l'avoir
« trouvé bien fondée et légale, et cela conformément aux
« §§ 8 et 9, articles *a* et *b* de la loi du 4 décembre 1848, le
« grand conseil a sous la date de ce jour, reçu et admis au
« droit de bourgeoisie de la ville de Bâle, le susnommé Jean
« Ostermann, ainsi que ses deux enfants nommés : Jean-
« Jacques-Paul né le 9 janvier 1859, et Émilie, née le 5 juin
« 1861. — En foi de quoi le présent certificat de bourgeoisie
« a été délivré et revêtu de la signature du secrétaire d'État,
« ainsi que du sceau d'État. — Bâle, le 31 mars 1862. — Le
« secrétaire d'État. — *Signé* Bischoff. »

La délivrance de ce brevet conférait désormais la bourgeoisie à Ostermann, mais il lui restait encore à recevoir l'investiture de son droit de cité. Cette cérémonie, accomplie en séance du petit conseil, sous la présidence du bourgmestre, chef du gouvernement, a pour objet non-seulement d'investir le nouveau bourgeois de son nouveau titre, mais encore de le pénétrer du sentiment de ses devoirs envers la cité à laquelle s'unissent désormais les liens de la solidarité civique.

Le 2 avril 1862, le petit conseil se réunit pour prendre connaissance de la décision suprême du grand conseil et pour fixer le jour de la cérémonie d'installation ; il prit à ce sujet la délibération préparatoire que voici :

« Sur la proposition du petit conseil, le grand conseil, dans
« sa séance du 31 mars, admet au droit de bourgeois de la
« ville les solliciteurs suivants : 1°.... (de 1 14) 15°, Jean
« Ostermann, négociant, de Colmar. On devra en instruire
« le conseil de la ville, et les bourgeois nouvellement admis
« devront être invités, pour les installations d'usage, à la
« prochaine séance de ce conseil. »

Les récipiendaires reçurent leur invitation, et, le 5 avril 1862, ils comparaissaient ainsi qu'il est constaté par le procès-verbal ci-après :

« Cejourd'hui, comparaissent les bourgeois admis dans la
« la dernière session du grand conseil, et ils reçoivent l'in-
« stallation d'usage.... (*ad protocollum*). »

Digitized by Google

Ce procès-verbal ne rend qu'un compte sommaire de cette installation et n'indique rien du cérémonial qui y fut observé. J'ai dû m'enquérir, à cet égard, de ce qui se passe en pareille circonstance, et M. le secrétaire d'État du canton de Bâle à qui je me suis adressé a répondu en ces termes, par sa lettre officielle du 27 mars dernier, à mes interpellations : « L'extrait « du procès-verbal du petit conseil du 5 avril 1862, me dit « l'honorable M. Bischoff, contient le procès-verbal de l'in- « stallation ou insinuation accordée à Ostermann. L'allocution « du bourguemestre d'office a exposé, aux nouveaux bourgeois « comparaissant devant le petit conseil, tout le sens de ce que « c'est que devenir bourgeois. Aux étrangers antérieurs, on a « fait observer en sus que maintenant ils étaient devenus non- « seulement Bâlois, mais aussi Suisses et qu'ils avaient con- « tracté des devoirs envers *toute leur nouvelle patrie.* »

Telles sont les diverses formalités auxquelles il a été procédé sur la demande introduite par Ostermann, demande qui, il ne faut pas l'oublier, postule en termes formels la *naturalisation* dans la commune de Bâle; le résultat de l'accomplissement de ces formalités a été d'investir Jean Ostermann du titre et de la qualité de *bourgeois de Bâle.* Voici, en fait, ce qui ne peut être contesté.

Maintenant quelles ont été, en droit, les conséquences de cette acquisition du droit de bourgeoisie? C'est ici que se place la deuxième question posée au début de cette discussion.

Deuxième question : L'acquisition de la bourgeoisie de Bâle a-t-elle eu pour effet, selon le droit public bâlois, de conférer à Ostermann la bourgeoisie du canton?

Et d'abord, je rencontre, dans les motifs de la décision du tribunal de Strasbourg, une première objection.

« Les villes étrangères, dit le tribunal, accordent quelque- « fois, à titre honorifique et concèdent le plus souvent, moyen- « nant rétribution, un droit de bourgeoisie attribuant au Fran- « çais qui établit son industrie ou son domicile à l'étranger « différents priviléges et entre autres celui d'exercer librement « les droits civils dans la localité qu'il habite, mais que, pour « l'obtenir, il n'est pas obligé d'abdiquer sa nationalité qui « reste intacte. »

Ce motif repose sur une erreur capitale en ce qui touche le droit public bâlois et sur une confusion complète entre des

Digitized by Google

choses totalement distinctes. Je n'en fais point de reproche au tribunal de Strasbourg, pressé par le temps et par le louable désir de ne pas prolonger indéfiniment la détention préventive d'Ostermann, il lui a été impossible d'instruire l'affaire comme je l'ai fait moi-même et d'étudier, sur les textes mêmes, le droit public bâlois. J'ai trop de confiance dans ses lumières et dans son bon esprit pour n'être pas convaincu qu'il ne fût pas tombé dans ces erreurs s'il eût eu à sa disposition le dossier que j'ai l'honneur de mettre, en ce moment, sous les yeux de la Cour.

La première erreur du tribunal consiste dans la confusion qu'il fait entre le droit de bourgeoisie et le *droit dit de tolérance* accordé à certains étrangers.

Le droit de tolérance, ou, pour parler selon le droit public français, le droit d'admission à domicile est celui accordé par le gouvernement bâlois à l'étranger qui veut établir, à Bâle, son domicile ou son industrie, sans renoncer pour cela au lien qui l'attache à sa patrie d'origine. Ce droit qui n'offre à l'étranger que des avantages purement civils est rappelé, dans le § 8 de la loi de 1848, dans les termes suivants : « Tous les « droits d'admission au titre de bourgeois de Bâle sont fixés « à la somme de 1,200 francs pour un étranger, à 900 francs « pour un Suisse et à 200 francs pour un individu sans patrie « qui a obtenu le droit d'admission à domicile, appelé *droit* « *de tolérance.* »

Ce droit de tolérance qui ne confère à l'étranger aucun droit civique et le laisse étranger n'a donc aucun rapport avec le droit de bourgeoisie et le tribunal a commis une erreur manifeste en confondant deux choses si distinctes.

Le tribunal s'est également trompé en supposant qu'Ostermann avait pu recevoir du gouvernement bâlois le *titre de bourgeois honoraire.*

La bourgeoisie honoraire a, en effet, pour objet soit d'honorer certains étrangers de distinction, soit de récompenser certains services éclatants rendus par des étrangers. Le caractère essentiel de cette collation consiste *dans sa gratuité*, et dans ce fait qu'elle n'impose ni changement de nationalité ni devoirs envers la cité qui l'accorde. Voici en quels termes non équivoques le § 15 de la loi de 1848 définit ce titre, qualifié d'extraordinaire et d'honoraire :

Digitized by Google

« Outre les cas que nous venons de citer, dit ce paragraphe, « le conseil de la ville ou le conseil de la commune peuvent « encore, sur la proposition du gouvernement ou autre, le « premier proposer au grand conseil de la ville, le second « par l'intermédiaire du gouverneur, à la réunion de la « commune, l'admission honoraire et GRATUITE au droit de « bourgeoisie de certaines personnes qui auraient bien mérité « de la commune ou de l'État. De pareilles admissions devront « cependant être soumises, pour les bourgeois du canton, à la « ratification du petit conseil, et, pour des Suisses et des « étrangers, à la ratification du grand conseil. »

Il suffit de lire ce texte pour demeurer convaincu qu'Ostermann n'a point obtenu la bourgeoisie extraordinaire et honoraire définie par le § 15 de la loi de 1848. Il ne peut prétendre, en effet, être un étranger de distinction ou avoir rendu à la commune et à l'État de Bâle des services de nature à attirer sur lui un tel honneur. D'un autre côté la bourgeoisie lui a été conférée *non pas gratuitement*, mais moyennant le payement d'un droit fixé à 428 francs 75 centimes. Si donc le droit qu'il a acquis n'est ni le droit de tolérance ou d'admission à domicile, ni le droit de bourgeoisie honoraire, il est évident que le droit de bourgeoisie conféré à Ostermann par la délibération du 31 mars 1862 est le droit de bourgeoisie ordinaire.

Au surplus, je puis invoquer à l'appui de cette partie de ma discussion un témoignage qui est plus autorisé qu'aucun autre. Voici ce que m'écrit à ce sujet M. le secrétaire d'État du canton de Bâle : « Il est tout à fait inadmissible, me dit- « il, qu'Ostermann ait acquis, d'une manière extraordinaire « ou honoraire, un droit de bourgeoisie d'ici de quelque na- « ture qu'il soit. Cela est prouvé, d'un côté, par la loi qui ne « connaît qu'une seule espèce de bourgeois, et de l'autre, par « le fait même, c'est-à-dire que, de 1848 à 1866, c'est-à-dire « pendant toute la durée de la vigueur de la loi sur le droit « de bourgeoisie de 1848, *pas un seul individu n'a été reçu* « *d'une manière honoraire au droit de bourgeoisie de Bâle.* Le « désir de faciliter cette opération pour des hommes distin- « gués a beaucoup contribué à la promulgation d'une nou- « velle loi en décembre 1866. »

Ainsi donc la bourgeoisie acquise par Ostermann, moyennant payement des droits, est la bourgeoisie ordinaire.

Digitized by Google

Ici se pose cette question : Q'uest-ce que la bourgeoisie ordinaire ?

La bourgeoisie ordinaire est celle dont tous les bourgeois de Bâle sont en possession et où ils puisent la raison d'être de leur nationalité cantonale et fédérale. Si bien, que je pose comme un principe indubitable et comme sa conséquence nécessaire, que si le titre de bourgeois conféré à Ostermann était reconnu vain, aucun Bâlois ayant une origine étrangère ne serait Bâlois, et que de tous les actes de naturalisation consentis par le gouvernement bâlois à des Français d'origine aucun n'échapperait à la jurisprudence du tribunal de Strasbourg.

Pour démontrer cette proposition, il me suffira de quelques explications sur le droit public bâlois et sur les particularités qui le distinguent de celui de certains autres cantons suisses.

Il est certains cantons de la Suisse, celui d'Argovie, par exemple, où l'on distingue le droit de bourgeoisie communale de celui de bourgeoisie cantonale, et où l'on peut être bourgeois d'une commune sans être bourgeois d'un canton. Cette distinction peut permettre l'idée d'une bourgeoisie communale n'impliquant pas nécessairement un changement de nationalité.

Mais dans le très-petit canton de Bâle-Ville, il en est tout différemment. Le droit public bâlois ne connaît pas deux espèces de droit de bourgeoisie, l'un restreint à la cité, l'autre s'étendant au canton. Il ne reconnaît qu'un seul et même droit de bourgeoisie indivisible, total, et imprimant sans distinction l'une de l'autre la double qualité de bourgeois de la commune et de citoyen du canton. Lisez la loi de 1848, et vous n'y trouverez pas même l'idée d'une bourgeoisie cantonale distincte de ce droit de bourgeoisie unique sur le caractère absolu duquel aucun doute ne peut s'élever.

Au surplus, messieurs, lorsqu'on veut interpréter les lois d'un pays, il est permis de recourir aux lumières de ceux qui après en avoir été les législateurs en sont nécessairement les interprètes les plus compétents, c'est ce que j'ai cru devoir faire en consultant M. le secrétaire du canton de Bâle pour savoir de lui s'il existait un droit de bourgeoisie cantonale distinct de la bourgeoisie communale. Voici ce qu'il

Digitized by Google

m'a répondu : « Nous n'avons pas l'idée, me dit-il, d'un « droit spécial de bourgeoisie du canton ou de l'État en « dehors du droit de bourgeoisie communale, et pouvant être « décernée avant tout par le grand conseil. Dans notre can- « ton, le droit de bourgeoisie de l'État consiste *eo ipso* dans « le droit de bourgeoisie communale confirmé par les auto- « rités suprêmes de l'État. »

Voilà qui est clair. Par cela seul qu'on est bourgeois de la commune de Bâle on est bourgeois du canton. Voilà le droit public bâlois nettement exposé par l'un des personnages les plus éminents et les plus autorisés du canton de Bâle. Je pourrais m'arrêter là; mais je veux compléter ma démonstration et établir que la loi bâloise est en parfaite conformité avec l'exposé de principes que je viens d'emprunter à l'honorable M. Bischoff.

Cette preuve, le § 3 de la loi de 1848 va me la fournir d'une manière péremptoire.

Je disais tout à l'heure que le titre de bourgeois de Bâle est indivisible. Cela est vrai en tant que la bourgeoisie communale consentie par le grand conseil implique nécessairement la nationalité cantonale. Cependant il faut remarquer que ce titre de bourgeois de Bâle produit plus ou moins d'effets suivant la nationalité antérieure du mouvement bourgeois. Je m'explique.

La bourgeoisie communale de Bâle peut être demandée soit par un bourgeois d'une autre commune du canton de Bâle, soit par un Suisse d'un autre canton, soit enfin par un étranger. Si le solliciteur est un bourgeois d'une commune rurale du canton de Bâle, l'acquisition de la bourgeoisie lui donnera le droit de cité dans la ville de Bâle, mais elle ne le fera ni Suisse, ni même Bâlois, puisqu'il est déjà l'un et l'autre. Si le solliciteur est un Suisse d'un autre canton la bourgeoisie lui donnera le droit de cité et le fera Bâlois, mais elle ne le rendra pas Suisse puisqu'il l'est déjà. Lorsqu'au contraire le solliciteur est étranger, il acquiert à la fois, par la bourgeoisie, la cité, le canton et le droit fédéral, c'est-à-dire qu'il devient à la fois bourgeois de Bâle, Bâlois et Suisse. Cela est si vrai que, lorsque la bourgeoisie de Bâle est demandée par un bourgeois d'une autre commune du canton, l'intervention du grand conseil devient inutile pour la collation du droit de

Digitized by Google

bourgeoisie communale : « S'il s'agissait de l'admission « d'un bourgeois du canton au droit de bourgeoisie d'une « autre commune, dit le § 3 de la loi de 1848, le petit con- « seil pourrait, sans autre formalité, confirmer cette admis- « sion. » Pourquoi cela? par la raison bien simple que, le postulant étant déjà Bâlois, l'intervention du grand conseil, cette suprême autorité cantonale à laquelle seule appartient le droit de conférer la nationalité cantonale, n'est plus nécessaire pour la collation d'un titre qui n'aura pas pour conséquence un changement de nationalité. Son intervention est, au contraire, nécessaire lorsque, le postulant n'était pas Bâlois, il s'agit de lui conférer un titre en vertu duquel il doit acquérir la nationalité cantonale.

Au surplus tout doute disparaît devant le § 6 de la loi de 1848 ainsi conçu : « Les bourgeois nouvellement admis en- « trent, par leur admission, dans tous les droits et tous « les engagements d'un bourgeois de l'État et d'une com- « mune. »

Ainsi donc la bourgeoisie communale implique nécessairement la nationalité cantonale, et c'est ici que se porte la troisième question déjà indiquée :

Troisième question : — En devenant bourgeois du canton, Ostermann n'a-t-il pas, selon le droit public fédéral, acquis la nationalité suisse?

Cette question est tranchée par l'article 42 de la constitution fédérale :

« Tout citoyen d'un canton est citoyen suisse, il peut, à ce « titre, exercer les droits politiques pour les affaires fédérales « et cantonales dans chaque canton où il est établi. »

Donc en devenant Bâlois Ostermann est devenu Suisse. Voyons maintenant si, après avoir acquis cette qualité, il l'a conservée par une possession conforme?

Constatons d'abord, Messieurs, qu'en conformité de sa qualité de citoyen bâlois, Ostermann a servi dans la seconde réserve du contingent fédéral suisse *appelé Landwehr*, ceci est établi par le certificat suivant de M. le commissaire de guerre du canton de Bâle : « Ostermann Jean de Bâle, Suisse, dit ce « certificat, né en 1822, a fait son instruction militaire en « 1863, et a été incorporé dans la quatrième compagnie de « notre bataillon de la landwehr où il a fait son service

Digitized by Google

« régulièrement jusqu'en mai 1866, époque à laquelle il a été « licencié par suite de son âge, et suivant les termes des lois « de notre organisation militaire du 5 décembre 1853. »

Ce document a été mis sous les yeux du tribunal de Strasbourg et a été écarté par un considérant qui témoigne d'une appréciation tout à fait erronée de l'organisation militaire de la Suisse.

« Attendu, dit le tribunal, que tout en lui conférant certains « avantages, ce droit (le droit de bourgeoisie) lui impose des « charges parmi lesquelles il faut ranger, en première ligne, « le service dans la garde nationale ou la milice, service de « sûreté obligatoire pour tous les habitants domiciliés dans « la commune hormis ceux exemptés par l'âge et qui ne saurait « non plus être considéré comme faisant perdre sa qualité au « Français qui s'y trouve astreint. »

Ce considérant repose sur une assimilation erronée entre la situation de l'étranger en Suisse et celle de l'étranger en France, et s'est évidemment inspiré du texte de l'article 10 de notre loi sur la garde nationale du 22 mars 1831. Mais il est en désaccord avec les principes généraux consacrés par l'article 19 de la constitution fédérale suisse du 12 septembre 1848. Si je lis, en effet, l'article 19 de cette constitution, je vois que l'armée fédérale se compose : 1° de l'élite, 2° de la réserve, 3° de la seconde réserve ou landwehr, et que ces trois éléments de l'armée fédérale sont pris exclusivement dans la *population suisse*. « L'armée fédérale, dit cet article, formée « des contingents des cantons se compose : 1° de l'élite pour « laquelle chaque canton fournit trois hommes sur cent âmes « de *population suisse;* 2° de la réserve qui est la moitié de « l'élite, lorsqu'il y a danger, la confédération peut encore « disposer de la seconde réserve, *landwehr*, qui se compose « des autres forces militaires du canton. »

Ainsi, messieurs, la seconde réserve, au landwehr, fait partie du contingent. Elle peut, en cas de danger, faire un service fédéral. Donc elle est essentiellement nationale et ne peut admettre d'étranger dans son sein.

C'est ce que m'écrit M. le secrétaire d'État du canton de Bâle qui s'exprime sur ce point en termes péremptoires : « Aucun Français, me dit-il, et, en général, aucun étranger « ne peut servir dans l'armée confédérée. »

Digitized by Google

Il ne peut, en effet, en être autrement dans un pays aussi jaloux de son indépendance et portant aussi loin que la Suisse, la susceptibilité sur tout ce qui peut faire ombrage à sa fierté traditionnelle. L'immixtion de l'étranger dans son armée serait à la fois un contre-sens et un danger.

Si donc Ostermann eût été étranger, il n'eût pas fait partie de la landwehr, ou tout au moins il n'eût pu en faire partie, sans cesser d'être Français que s'il se fût trouvé dans le cas exceptionnel prévu par le § 15 de la loi bâloise de 1848, c'est-à-dire si la bourgeoisie lui eût été conférée à titre extraordinaire ou honoraire. Il est clair, en effet, que si les personnes considérables ou illustres, auxquelles est conférée la bourgeoisie honoraire ne peuvent être contraintes à faire un service militaire, il leur est cependant loisible, si elles le veulent, de prendre du service dans l'armée suisse, sans pour cela perdre leur nationalité d'origine. La raison en est qu'en les accueillant dans la société suisse, à titre d'honneur, le gouvernement les admet, sans obligations corrélatives, à tous les priviléges du citoyen et par conséquent à l'honneur exceptionnel de servir sous ses drapeaux. Mais nous avons démontré qu'Ostermann n'a point été investi du titre extraordinaire de bourgeois honoraire. Il n'a acquis la bourgeoisie qu'au même titre que les bourgeois ordinaires de Bâle. Donc, s'il a fait partie du contingent suisse, c'est qu'il était devenu Suisse et qu'il n'était plus Français.

Mais il y a plus : non-seulement, s'il fût demeuré Français, Ostermann n'eût point été admis par la loi suisse à servir sous ses drapeaux, mais encore la loi française le protégeait à cet égard contre toute contrainte au service militaire étranger. En effet, l'article 4 du traité entre la Suisse et la France du 29 septembre 1827 stipule que le Français établi en Suisse ne sera pas atteint par les lois militaires de la Suisse, mais restera soumis à celles de la France. « Les sujets ressortissant « de l'un des deux pays établis dans l'autre ne seront pas « atteints par les lois militaires du pays qu'ils habiteront, « mais resteront soumis à celles de leur patrie. » Si donc Ostermann fût demeuré Français, il n'eût point été obligé, ainsi qu'il l'a été, à servir dans la landwehr du canton de Bâle.

Au surplus, le fait lui-même est en parfaite conformité avec le droit. Quand donc Ostermann a-t-il commencé à faire

Digitized by Google

partie de la landwehr? A-t-il été incorporé dans cette milice alors que, n'étant point encore bourgeois de Bâle, il avait cependant établi déjà à Bâle son domicile et son industrie sous la protection du traité du 29 septembre 1837? Non, jusqu'en 1863, Ostermann n'a point appartenu à la milice bâloise. Jusque-là sa situation était réglée par ce traité, et il ne pouvait ni être obligé ni être admis à aucun service militaire. Ce n'est qu'en 1863, c'est-à-dire un an après son installation dans le titre de bourgeois de Bâle, qu'il a été admis à faire son instruction militaire, à la suite de laquelle il a été incorporé dans la quatrième compagnie du bataillon bâlois de la landwehr. La date même à laquelle se place cette incorporation qui l'assujettissait à un service cantonal et éventuellement fédéral, est donc la preuve manifeste que, par le fait de sa bourgeoisie, Ostermann était devenu Bâlois et Suisse.

A cette preuve résultant de l'accomplissement des devoirs militaires, vient s'ajouter celle qui découle de la possession et de la jouissance des droits civiques et politiques.

Il existe, dans les archives de la commune et dans celles du gouvernement cantonal, des registres qui ont des destinations diverses. L'un de ces registres est destiné à l'inscription des noms des bourgeois de Bâle à la date de leur entrée dans la famille civique. Ce registre matricule est celui d'après lequel s'opère le recensement des citoyens, la répartition de l'impôt, et sur lequel se dressent toutes les listes de citoyens dont on a besoin pour les opérations diverses de la vie civique et politique. Ostermann figure sur ce registre, à la date de son inscription, sous le même titre que les autres bourgeois de Bâle. Je m'en suis assuré, en consultant de mes propres yeux le registre qu'a bien voulu me communiquer, à Bâle, M. le secrétaire d'État du canton.

Un second registre est destiné à l'inscription des bourgeois appelés à voter aux élections communales. Ce registre est divisé par quartiers, et Ostermann y figure sous le n° 17 parmi les citoyens de la *rue du Fou*, qu'il habite.

Enfin un troisième registre contient la liste des bourgeois ayant le droit de voter dans les colléges électoraux du canton, c'est-à-dire de prendre part aux élections soit cantonales, soit fédérales. Ostermann y figure encore sous le n° 17.

Ainsi Ostermann, par suite de ces inscriptions, était appelé

Digitized by Google

à voter dans tous les comices où un Bâlois et un Suisse exercent l'acte le plus manifeste et le plus solennel de la vie civique et politique.

Quel était en effet, pour Ostermann, le droit résultant de cette double inscription? M. le secrétaire d'État nous l'apprend dans la lettre dont j'ai déjà extrait plusieurs passages : « Si Ostermann, dit-il, a pris part à des votes municipaux ou « cantonaux, nous ne pouvons pas le dire : » (M. le secrétaire m'a dit, en effet, que l'on ne garde pas de procès-verbaux des élections, et qu'il ne reste pas trace de la part qu'a pu prendre tel ou tel électeur à tel ou tel vote.) « Il est inscrit « sur le registre des votants, comme on peut le voir par les « pièces jointes n°s 1 et 2. Du reste, après une élection de la « ville, Ostermann a dit lui-même à l'un de ses voisins qu'il « avait aidé à le faire entrer dans le conseil de la ville. « S'il avait été omis sur la liste des votants, ou s'il n'avait pas « été appelé à voter, il aurait eu le droit de réclamer, et il « aurait pu en résulter, si le résultat du vote avait dépendu « d'une voix en plus ou moins, l'annulation de l'élection. »

En présence de ces constatations, je demande s'il est possible de contester qu'Ostermann ait joui de tous les droits civiques et politiques attachés à la double qualité de citoyen bâlois et de citoyen suisse.

Mais non-seulement J. Ostermann a joui des droits civiques et politiques d'un citoyen bâlois ; il a joui également, en la personne de ses enfants, de tous les priviléges civiques attachés à son introduction dans la famille bâloise.

J'ai déjà dit un mot de la solidarité fraternelle et patriarcale qui unit la communauté bâloise, et des avantages qu'un bourgeois trouve, pour ses enfants, dans son droit de bourgeoisie. Ces avantages qui consistent dans le droit à la tutelle bâloise et dans le droit à l'assistance bâloise ont été recueillis par les enfants d'Ostermann, ainsi qu'il résulte des documents ci-après : « Nous, maîtres et chefs de la corporation « pour les affaires de famille, certifions par les présentes que « les deux enfants d'Ostermann qui, en 1862, a été reçu dans « le droit de bourgeoisie de notre ville, à savoir J.-J. Paul et « Émilie, ont, après avoir obtenu la qualité de bourgeois « d'ici, reçu, d'après les prescriptions de la loi, un tuteur dans « la personne du sieur Jérôme Lotz Bricard. — Bâle, 29 fé-

Digitized by Google

« vrier 1868, au nom de la corporation, le nouveau maître.
« Signé Beschoff Burckart. »

Ainsi les enfants d'Ostermann ont reçu un tuteur bâlois, du gouvernement bâlois, selon la loi bâloise, en leur qualité de membres de la communauté des bourgeois de Bâle.

Ce n'est pas tout, après la fuite de son mari, la dame Ostermann ayant à pourvoir à ses besoins et à ceux des enfants des deux lits, s'est adressée au gouvernement bâlois et, comme bourgeoise, en a obtenu des secours ; plus tard, lorsque la dame Ostermann eut été rejoindre son mari à Strasbourg, laissant à Bâle les deux enfants du premier lit, le sieur Lotz Bricard, tuteur de ces enfants, a adressé au gouvernement bâlois, en faveur de ses deux pupilles, une demande tendant à obtenir pour eux l'assistance due aux bourgeois de Bâle. Il a été fait droit à cette demande ainsi que cela est attesté par la pièce dont voici la teneur :

La société de secours du quartier de Saint-Théodose au conseil de la ville.

Madame Marguerite Ostermann, née Schneider, dont le mari, propriétaire d'une maison de commerce, a fait faillite et est détenu en ce moment, a tiré 25 francs par semaine de la masse ; mais, à l'heure qu'il est, elle n'est plus à même de faire face aux dépenses que lui occasionnent les deux enfants du premier mariage d'Ostermann (Ostermann Hurbel). Ces deux enfants possèdent ensemble une fortune de 4000 francs, tandis que ses propres enfants qu'elle a de son premier mariage Bricard Schneider, possèdent de la fortune dont la mère retire les intérêts et paraît pouvoir suffire à leur éducation. Cette femme, qui est mariée avec Ostermann depuis 1862 séjourne en ce moment à Strasbourg, mais seulement passagèrement et se trouve représentée, dans notre session du 4 février 1868, par le tuteur des enfants, le sieur Lotz Bricard, demeurant rue dite Klybeckstrasse, n° 1, son tuteur à elle est le sieur Bernoulli-Suloger. Les deux enfants Ostermann qu'il s'agit de secourir se nomment Paul et Émilie, et sont âgés l'un de neuf ans et l'autre de six ans. Ils demeurent chez la sœur de leur belle-mère, madame Schneider, femme séparée Weber, demeurant rue Klybeckstrasse, n° 75. La société a décidé qu'il y a lieu de soumettre cette demande au conseil

Digitized by Google

de ville (titulaire), avec prière de vouloir bien la prendre en considération, nous avons l'honneur de vous communiquer cette décision et d'être avec respect, etc.

La société de Saint-Théodose : en son nom. Signé SEHELIN, curé, et J.-J. MINDER-JASLIN, conseiller de la ville.

Ce dernier document complète ma démonstration, que manque-t-il en effet aux constitutions désormais acquises pour établir la nationalité suisse d'Ostermann? J'ai prouvé que le gouvernement bâlois lui a conféré non pas le droit au domicile ou de tolérance, non pas la bourgeoisie extraordinaire, gratuite et honoraire, mais bien la bourgeoisie ordinaire bâloise, moyennant payement de droits et entièrement conforme à la loi qui régit le statut de chaque citoyen de Bâle. J'ai prouvé que la loi du canton de Bâle sur le droit de bourgeoisie ne prévoit pas deux bourgeoisies distinctes, l'une se restreignant à la cité, l'autre s'étendant au canton, mais une seule et même bourgeoisie indivisible et totale conférée par le concours des deux autorités suprêmes de la commune et du canton. J'ai prouvé par conséquent que la bourgeoisie communale implique nécessairement la bourgeoisie cantonale et par conséquent, aux termes de l'article 42 de la Constitution fédérale, la nationalité suisse. J'ai donc prouvé qu'Ostermann avait acquis, avec la bourgeoisie de Bâle, un titre qui lui imposait nécessairement la nationalité suisse. Abordant un second ordre d'idées, et me demandant si la possession d'état d'Ostermann avait été conforme à son titre, j'ai prouvé qu'Ostermann avait fait, en conformité de son titre de bourgeois, un service militaire auquel il n'eût été ni obligé ni même admis s'il eût été étranger. J'ai prouvé qu'inscrit sur la liste des bourgeois admis à voter aux élections communales, cantonales et fédérales, il avait été en possession de tous les droits civiques et politiques qui appartiennent à un bourgeois, à un Bâlois et à un citoyen suisse. Enfin j'ai prouvé que, par ses enfants, il a joui de la plénitude des priviléges attachés à la qualité de membre de la communauté bâloise. J'ai donc prouvé que, soit par son titre, soit par une possession conforme à ce titre, Ostermann a acquis, entretenu et conservé la nationalité suisse qui lui appartient et à laquelle il appartient désormais.

Ma démonstration serait donc complète, s'il ne me restait à

Digitized by Google

répondre à une dernière objection du tribunal. Cette objection est puisée dans le texte de l'article 43 de la Constitution fédérale ainsi conçu[1] : « Les étrangers ne peuvent être naturalisés « dans un canton, qu'autant qu'ils seront affranchis de tout « lien envers l'État auquel ils appartenaient. »

Le tribunal de Strasbourg a interprété cet article en ce sens qu'un Français ne peut être naturalisé suisse sans l'autorisation du gouvernement français.

Disons tout de suite, messieurs, que si la doctrine du tribunal de Strasbourg était consacrée par vous, il ne serait pas une seule naturalisation consentie par les cantons suisses à des Français qui pût échapper au désaveu de votre jurisprudence. Pourquoi? parce qu'il n'est pas une seule naturalisation de Français en Suisse pour laquelle le gouvernement Français ait accordé son autorisation. Et pourquoi encore? parce que, ainsi que nous le démontrerons tout à l'heure, cette autorisation n'aurait aucune raison d'être au point de vue du gouvernement suisse.

Pour bien se rendre compte de la portée de l'article 43 de la constitution fédérale, il faut commencer par bien connaître les règles diverses qui constituent, sur cette matière, le droit public européen.

Il est certains gouvernements, et plus particulièrement le gouvernement anglais, qui n'admettent la naturalisation de leurs sujets à l'étranger qu'avec l'assentiment formel de la mère patrie. Les Anglais, ces fiers insulaires, dédaigneux comme les vieux Romains de tout ce qui n'est pas eux-mêmes, ne reconnaissent au monde rien de plus noble, de plus grand, de plus impératif que leur nom d'Anglais. Être Anglais, c'est, à leurs yeux, être citoyens du monde, et ils ne peuvent tolérer l'idée, qu'un Anglais consentant à sa propre déchéance, puisse, par le fait de sa seule volonté, abdiquer ce titre solidaire d'Anglais auquel ils attribuent une sorte de suzeraineté universelle.

Pour nous, messieurs, tout aussi fiers, plus fiers même peut-être que les Anglais lorsqu'il s'agit de la gloire de la patrie, nous sommes moins absolus quant au principe de la solidarité nationale, et nous laissons une part plus large et plus libérale à l'initiative individuelle. S'il convient à quelqu'un des sujets du gouvernement français de se séparer de la grande famille

Digitized by Google

française, la mère patrie ne le retient pas, et la loi française le laisse libre. Sans doute son changement de nationalité aura pour conséquence de l'exposer à perdre les droits civils énoncés par le décret du 26 août 1811, s'il s'est séparé de sa patrie violemment et sans en obtenir l'autorisation d'entrer dans une nouvelle famille civique. Mais la rigueur même des conséquences témoigne de la plénitude des effets attachés à l'acte libre et spontané par lequel le Français se donne à un autre pays. Cela est si vrai que l'article 17 du Code Napoléon attribue la perte de la qualité de Français non-seulement à la naturalisation expresse résultant d'un contrat passé entre le Français et un pays étranger, mais encore à la naturalisation tacite, c'est-à-dire à celle résultant soit de l'acceptation de fonctions publiques à l'étranger, soit du simple fait de l'établissement en pays étranger sans esprit de retour.

Il y a donc, en Europe, deux droits publics en matière de naturalisation : le droit public des nations qui, comme la France, laissent leurs sujets libres de contracter avec l'étranger, sous leur propre responsabilité, l'acquisition d'une nouvelle patrie, et le droit public des nations qui, comme l'Angleterre, n'admettent la rupture du lien national qui les attache à leurs sujets que par l'effet d'une autorisation qui donne à cette rupture du lien un caractère synallagmatique.

Evidemment, lorsque le gouvernement fédéral s'occupa, en 1848, de régler par une loi les conditions suivant lesquelles la naturalisation s'obtiendrait chez lui, il a dû prendre une disposition générale pour parer aux inconvénients dont le menaçait le plus absolu des deux systèmes que je viens d'exposer. Il a dû se protéger contre l'invasion de prétendus citoyens qui, en acquérant le droit de cité chez lui, y demeureraient, en dépit de leurs propres engagements, les sujets d'un gouvernement étranger. C'est donc en vue des gouvernements qui, comme l'Angleterre, n'admettent pas la rupture spontanée du lien national, et non en vue de ceux qui, comme la France. usent d'un droit plus libéral, qu'a été édicté l'article 43 de la constitution fédérale.

Aussi, messieurs, lorsqu'un Français demande la naturalisation suisse, l'autorité cantonale n'exige-t-elle jamais de lui l'autorisation du gouvernement français. Elle se borne à lui demander, conformément au § 7 de la loi bâloise du 4 dé-

Digitized by Google

cembre 1848, un certificat conforme à celui délivré à Ostermann par le maire de Colmar et constatant qu'il n'est retenu à la France par aucun lien, tel par exemple qu'un service public, ou la nécessité de satisfaire à la loi sur le recrutement.

C'est donc à tort que le tribunal de Strasbourg a trouvé, dans l'article 43 de la constitution fédérale une cause de nullité de la naturalisation d'Ostermann. Cette naturalisation a été régulière soit au point de vue suisse, soit au point de vue français. S'il en était autrement, encore une fois, toutes les naturalisations accordées, depuis un siècle, par le gouvernement suisse à des Français seraient frappées, en France, d'une nullité radicale.

Permettez-moi, messieurs, de terminer cette discussion par un arrêt de la Cour de cassation qui répond aux protestations intéressées que fait Ostermann de son attachement à la patrie française et de l'esprit de retour qui ne l'a jamais abandonné, dit-il, sur la terre étrangère. Ces protestations me touchent peu lorsque je les sens intéressées et lorsqu'elles m'apparaissent comme un moyen de se soustraire à la justice du pays auquel on appartient.

Un Français, le sieur S. Descaudes, avait fondé, en pays étranger, en Amérique, un établissement de commerce. Peu après, comme Ostermann, il s'était fait naturaliser dans le pays où il avait établi son industrie. Plus tard, à l'occasion d'un procès devant le Tribunal de Commerce de Pau, s'éleva incidemment la question de nationalité. La Cour de Pau statua sur cette question dans le sens de la nationalité française par le motif que voici : « Attendu, dit la Cour de Pau, que l'acte de naturalisation qu'il produit n'a pu lui faire perdre sa qualité de « Français qu'autant qu'il serait certain qu'il n'avait pas l'esprit « de retour; que quand cet acte de naturalisation aurait suspendu momentanément sa qualité de Français, le retour en « France de Descaudes et les circonstances de sa vie prouvent « qu'il n'avait pas eu l'intention d'abdiquer la qualité de Français. » Descaudes à qui la Cour de Pau refusait ainsi de reconnaître sa qualité de citoyen américain, se pourvut en cassation. La Cour de cassation le reconnut Américain par son arrêt du 17 juillet 1826 ainsi conçu : « Considérant qu'aux « termes de l'article 17, Code Napoléon, Descaudes par le seul « fait de sa naturalisation dans les États-Unis et *alors même*

Digitized by Google

« *qu'il aurait conservé l'esprit de retour*, a perdu sa qualité de « Français; considérant que, n'ayant pas rempli les formalités « prescrites par l'article 18 du Code civil pour recouvrer « cette qualité, Descaudes, devenu étranger, n'a pas cessé de « l'être; qu'ainsi, en le considérant comme Français et par ce « motif justiciable des tribunaux français, l'arrêt attaqué a « violé les articles ci-dessus, casse et annule l'arrêt ci-dessus « mentionné rendu par la Cour de Pau le 29 octobre 1822. »

Ainsi, en admettant qu'il fût démontré (et c'est le contraire qui résulte de l'ensemble des faits), qu'Ostermann en se faisant naturaliser Bâlois eût cependant conservé l'esprit de retour, cet esprit de retour fût-il constaté ne pourrait en rien altérer, ni dans son principe ni dans ses effets la naturalisation qui lui a été accordée par le gouvernement bâlois.

Ainsi donc, en droit aussi bien qu'en fait, Ostermann est devenu Suisse et a perdu la qualité de Français. En voilà assez assurément pour vous décider à réformer la décision des premiers juges.

Je n'ajouterai plus qu'un mot. Savez-vous, messieurs, à quel résultat on arriverait si la doctrine du Tribunal de Strasbourg venait à prévaloir? On en arriverait à un résultat blessant pour l'honneur et pour la dignité du nom français, car on en ferait ainsi le manteau du crime cosmopolite. La naturalisation deviendrait un piége pour la justice des deux pays, car elle permettrait l'impunité d'un criminel qui aurait répudié antérieurement la qualité de Français et qui espérerait trouver un moyen d'échapper aux lois des deux pays limitrophes, dans de brusques changements de nationalité.

D'un autre côté, messieurs, ai-je besoin de dire à la magistrature d'un grand pays comme la France que nous devons respecter d'autant plus religieusement les lois des petits États qui nous avoisinent, que leur petitesse même les rend plus jaloux de leur indépendance et plus susceptibles à l'endroit des égards qui leur sont dus? Or de tous les égards dus à un pays voisin et ami le plus naturel et le plus légitime est incontestablement le respect envers ses lois.

Je n'hésite donc pas à penser que réformant la décision des premiers juges, vous m'adjugerez mes conclusions.

LEVIEIL DE LA MARSONNIÈRE,
procureur général à la Cour impériale de Colmar.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE L'ABOLITION DE LA CONTRAINTE PAR CORPS sur la législation commerciale,

Par M. Eugène GARSONNET, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

(*Suite* [1].) [2]

IV. *L'endossement n'est soumis aux règles de la cession de créances ni au fond ni en la forme.* — C'est un des principes les plus importants de la théorie de Einert, l'un des plus féconds en résultats pratiques. Il l'établit d'abord dans un pas-

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 454 et 531; t. XXXIII, p. 39.

[2] « Il y a une autre question : le tiré ne peut-il pas, en acceptant, s'o-« bliger d'une manière expresse à autre chose que ce que porte la lettre de « change? Ne faut-il pas lui reconnaître le droit d'accepter autrement ou « d'accepter moins, et quels effets donnera-t-on à une acceptation s'écartant « ainsi des termes de la lettre de change? Il peut y avoir des raisons poli-« tiques de contester au tiré cette faculté, mais il faut y ajouter des rai-« sons juridiques : les défenseurs de l'ancienne école les trouvent dans un « argument que nous ne pouvons admettre; il y a, en effet, dans l'accep-« tation la conclusion d'un contrat entre le tireur et le tiré; le tiré est, « jusqu'au trait de plume par lequel il exprime son acceptation, parfaite-« ment libre; il peut refuser absolument d'accepter, il peut aussi accepter « sous une autre modalité que celle exprimée par le tireur. Mais, admet-« tons que l'acceptation ne soit pas faite envers le tireur, la question se « pose encore dans les mêmes termes : nous regardons le tiré comme obligé « à l'acceptation envers le tireur, en vertu d'une cause antérieure à la « lettre de change, et alors il est libre de conclure l'affaire avec le tireur « comme il veut et, s'il accepte autrement que de la manière convenue, il « est exposé à une action civile, *ex mutuo*, *ex vendito*, *ex locato*, en un « mot à l'action du contrat par lequel il avait promis d'accepter. Mais ceci « est tout à fait en dehors de la lettre de change et nous ne pouvons nous « y arrêter pour déterminer les propriétés de l'acceptation au point de vue « du droit de change ; en tout cas le porteur ne peut pas en faire résulter « le droit de restreindre le tiré à une seule forme d'acceptation. Les lois « dont nous parlons ici prennent cette condition très au sérieux : quelques-« unes ne permettent en aucune circonstance au tiré d'accepter autrement « que la lettre de change ne le porte, et le mettent dans l'alternative de ne « pas accepter du tout ou d'accepter purement et simplement, sans réserve « ni restriction ; d'autres vont plus loin et tout ce que le tiré peut ajouter, « indication d'une autre échéance, d'autres espèces, restriction à une partie « de la somme, ils le considèrent comme non avenu.... Et alors se présente « la question de savoir quel est le but du législateur quand il édicte de pa-« reilles prescriptions. On ne peut nier l'intérêt considérable qu'a le porteur

Digitized by Google

sage que nous avons cité en entier : l'endossement, dit-il, est un produit de l'usage commercial et, pour savoir ce qu'il est, il faut examiner à quoi il sert; or il peut se présenter dans deux circonstances différentes : c'est un créancier qui reçoit en payement de son débiteur une lettre de change; c'est une personne qui achète une lettre de change argent comptant. Or à l'esprit de qui viendra-t-il de faire une pareille opération si elle n'est qu'une cession de créance, d'accepter de son débiteur la cession d'une créance sur un tiers peut-être insolvable quand on peut contraindre ce débiteur à payer en argent, et surtout d'acheter à sa valeur nominale une créance dont le remboursement est incertain? Il faut donc que l'endossement soit autre chose. Et en effet, c'est un mode de transmission de la lettre de change créé par le

« à recevoir une acceptation conforme à la lettre de change *in quali et in* « *quanto*, car, s'il arrivait fréquemment que les lettres de change ne fussent « pas acceptées telles qu'elles sont, il en résulterait dans les affaires une « grande inquiétude » (Einert, *op. cit.*, p. 155-156, 157).

Einert explique très-bien comment, dans l'une et l'autre théorie, rien n'empêche, en droit, d'obliger le preneur à se contenter d'une acceptation conditionnelle ou restreinte et comment l'intérêt majeur de la circulation de la lettre de change a seul pu justifier une prohibition sur ce point. Mais il ne montre pas pourquoi, dans la théorie du contrat de change, l'acceptation conditionnelle ou restreinte dont le porteur s'est contenté est un engagement ordinaire, tandis que, dans la théorie allemande, elle est une acceptation proprement dite, produisant les effets d'une obligation de change. La différence tient à ce que, dans un cas, le tiré contracte envers le tireur un engagement qui n'est pas celui qui résulte régulièrement de la lettre de change; dans l'autre il s'oblige envers le porteur, lequel peut, sans modifier la nature de la lettre de change, renoncer à une partie de ses droits. La différence est consacrée par le § 22 de l'ordonnance de Francfort : « le tiré « peut restreindre l'acceptation à une partie de la somme énoncée dans la « lettre de change. Si d'autres restrictions ont été mises à l'acceptation, la « lettre de change est assimilée à celle qui n'est nullement acceptée, mais « l'accepteur est tenu, conformément au droit de change (*wechselmässig*), « dans la mesure de son acceptation. » Nous remarquerons seulement que cette disposition ne répond pas au but de la loi allemande : on ne peut admettre que la circulation et le payement d'un papier-monnaie soient soumis à quelques restrictions, et il y a contradiction à permettre au tiré, du consentement même du porteur, de restreindre à l'égard des porteurs subséquents les droits qui résultent de la création de la lettre de change, quand on proscrit en principe, comme on le verra, dans le contexte de la lettre de change toute clause modifiant les effets qu'elle produit suivant le droit commun.

Digitized by Google

génie commercial, ne ressemblant ni de près ni de loin au transport des créances civiles et soumis à des règles propres dont le but est de rendre plus sûre et plus facile la circulation de la lettre de change. C'est la théorie du contrat de change qui a fait de l'endossement une cession de créance, pour expliquer comment le bénéfice du contrat fait entre le tireur et le preneur peut se transmettre à un autre que ce dernier [1]; si, au contraire, la lettre de change est un papier-monnaie, toute difficulté disparaît et, pas plus qu'on ne pense à appeler la tradition manuelle d'un billet de banque le transport d'une

[1] « De la théorie du contrat de change telle que l'a créée l'ancienne école « est sortie celle de la transmission de la lettre de change par endossement. « On a considéré l'endossement comme une forme de cession particulière « au droit de change, présentant, outre les apparences extérieures d'une « cession de créance, ce caractère particulier d'emporter une garantie du « recouvrement de la lettre de change, garantie qui ne peut cesser que par « des clauses spéciales, notamment s'il est dit que l'endossement ne vaudra « que procuration. Ainsi l'on établit deux destinations, par conséquent deux « formes de l'endossement : l'endossement pour le transport de la pro- « priété, l'endossement pour une procuration (*indossamentum in vim ces- « sionis, indossamentum in vim mandati*). Si la propriété a été transférée, « c'est la marche ordinaire des affaires, mais on le considère alors comme « une cession et l'on est déterminé à exiger l'un ou l'autre endossement « pour le transfert de la lettre de change.... Lorsque l'école à laquelle se « rattache encore le droit français pose en principe que la lettre de change « (qui n'est pas au porteur) ne peut se transmettre que par l'endossement, « elle part de la forme de la lettre de change qu'elle considère à raison de « son apparence extérieure comme la cession de la créance du tireur sur le « tiré. Ce point de vue admis, le transport de la lettre de change d'une pre- « mière personne déterminée à une autre ne semble possible que comme « une *cessio nominis*, et on se figure que l'endossement est une cession, parce « qu'on ne peut pas comprendre autrement comment le droit d'un premier « preneur peut passer à un second et à un troisième; et qu'avec toutes ces « idées théoriques, on tient pour impossible que le tiré puisse payer, avec « une confiance justifiée dans l'efficacité de son payement, celui qui présente « la lettre de change, sans savoir, lui tiré, comment elle lui est parvenue. « Avec cela on explique le laconisme ordinaire des endossements en sup- « pléant les mots qui paraissent sous-entendus, car, rapproché de la forme « de la lettre de change, il ne signifie et ne peut signifier autre chose que « ceci : *payez pour moi* (au lieu de *à moi*) *contre cette lettre de change à « N. N. la somme que le tireur m'a remise*. On met ainsi la forme de l'en- « dossement d'accord avec celle de la lettre de change et tout va de soi « suivant les règles du droit civil. La nature de l'endossement est la con- « séquence de la nature de la lettre de change et le Code français est logique « avec lui-même en prescrivant dans l'article 137 les énonciations de l'en- « dossement » (Einert, *op. cit.*, p. 123-124, 132-133).

Digitized by Google

créance sur la banque qui l'a émis, on ne pense à chercher dans le droit civil des analogies pour expliquer le mécanisme de l'endossement. Or voici les conséquences importantes qui découlent de cette idée :

1° *En la forme il n'y a rien de commun entre l'endossement et la cession de créances.*—Ainsi il n'est pas nécessaire que l'endossement soit fait dans telle forme plutôt que dans telle autre, car les formalités prescrites par certaines législations et, en particulier, le Code de commerce français sont des souvenirs du droit civil, et si l'on veut se conformer au but de l'endossement, on exigera une seule chose : les énonciations suffisantes pour prouver qu'une personne a entendu transmettre une lettre de change ; il n'en faut pas davantage pour légitimer le porteur. D'abord la mention de la valeur fournie doit être proscrite dans l'endossement comme dans la lettre de change. De plus, la lettre de change peut se transmettre par l'endossement en blanc, dont il suffit de poser ici le principe sauf à en expliquer plus loin le mécanisme : c'est-à-dire que la lettre de change sera valablement endossée quand le porteur l'aura remise à un tiers après avoir signé au dos du titre : tel est l'usage auquel il serait inutile de vouloir s'opposer, et que faut-il de plus, en effet? Ne résulte-t-il pas de cette signature la volonté de transmettre la lettre de change et la garantie qui est de la nature de cette négociation ? Or, il n'y a aucun rapport entre la cession de créances et l'endossement en blanc, car, pour une cession de créances il faut un cessionnaire, et l'endossement en blanc n'indique pas au profit de qui il est fait : le premier venu peut s'en emparer. Allons plus loin : si l'endossement n'est pas pour les parties une faculté, mais une obligation ; si en d'autres termes, il n'y a pas d'autre moyen de transmettre la lettre de change que de l'endosser même en blanc, l'endossement ne sera plus alors un secours, mais une entrave à la négociation des effets de commerce. C'est une vérité au premier abord paradoxale, mais pourtant incontestable : supposez, en effet, que je veuille transmettre une lettre de change sans en garantir le payement, c'est-à-dire sans m'exposer au recours du porteur non satisfait, comment m'y prendrai-je? Inscrirai-je dans mon endossement les mots *sans garantie* ou quelque autre clause équivalente? mais alors je compromettrai le crédit du tiré en rendant suspecte

Digitized by Google

aux porteurs à venir la solvabilité du tiré. Il faut donc admettre, pour ne pas perdre pas de vue le but essentiel d'une loi sur le change qui est de rendre aussi facile que possible la transmission d'une lettre de change, qu'elle peut être créée au porteur; alors l'analogie avec le billet de banque est complète et le porteur a dans les mains un véritable papier-monnaie, puisqu'il peut effectuer des payements en le donnant de la main à la main sans courir le risque de l'insolvabilité du tiré [1]. D'ailleurs, la lettre de change au porteur n'est que la conséquence de l'endossement en blanc, car une lettre de change endossée en blanc est une lettre au porteur, puisque l'endossement n'indique pas l'acquéreur et que toute personne peut s'en approprier et en transmettre le bénéfice [2]. L'ordonnance

[1] « L'endossement est une faculté, mais cette règle est si peu considérée « comme essentielle que la lettre de change ne peut se négocier que par « endossement; c'est un obstacle à la transmission, parce que l'endosseur « est ainsi obligé de garantir le porteur. L'exemple du papier-monnaie pu- « blic montre que tout autre est le besoin de la législation : il est certain, « en effet, que le papier-monnaie perdrait son utilité s'il ne pouvait être « au porteur et se transmettre sans une forme solennelle de négociation; « obliger celui qui remet en payement un papier-monnaie à en garantir le « recouvrement, ce serait (alors même que cette idée ne devrait pas être « repoussée par d'autres raisons) le moyen de supprimer complétement le « papier-monnaie. Aussi bien, il résulte de la coutume unanime où l'on « est de se servir de l'endossement, que tout autre mode de transmission « de la lettre de change est impossible. Cette coutume est, en effet, si bien « établie que ce serait éveiller l'attention et rendre le titre suspect que de « refuser, en le négociant, d'y insérer l'endossement d'usage, ou de le « transmettre par la voie ordinaire de la cession, ou de modifier la nature « particulière de l'endossement par une clause où l'on se réserverait le droit « de ne pas garantir le payement : on peut considérer comme retirée du « commerce une lettre de change transmise par simple cession ou endossée « avec réserves.... L'endossement en blanc consiste dans le nom ou la raison « sociale de l'endosseur mis au dos de la lettre de change : si l'on trouve « dans cet endossement les propriétés d'une cession ou d'une légitimation, « on se trompe, car cette forme ou plutôt cette absence de forme ne répond « ni à l'un ni à l'autre but; la nature des choses exige d'abord dans une « cession le nom du cessionnaire, et une légitimation est impossible sans le « nom de celui à qui elle s'adresse. L'auteur de cet endossement ne veut « exprimer, en style de change, qu'une chose, un principe négatif, à savoir « qu'il cesse de posséder la lettre de change; c'est bien un élément de la « cession, mais il ne suffit pas au porteur pour prouver que c'est à lui qu'a « été transmise la possession ainsi abandonnée » (Einert, *op. cit.*, p. 124-125, 129).

[2] « L'endossement en blanc n'est certainement pas une cession; c'est

Digitized by Google

de Francfort, en disposant que la lettre de change doit indiquer « 3° le nom ou la raison sociale à laquelle ou à l'ordre de « laquelle la lettre de change sera payable », exclut les lettres de change au porteur, mais M. Brauer nous apprend que ce point a été discuté dans les travaux préparatoires ; qu'on a fait valoir en sens contraire le droit incontestable qui appartient à tout porteur en vertu d'un endossement en blanc de transmettre à son tour la lettre de change au porteur, et que, si l'on n'a pas admis que la lettre de change pût être créée au porteur, c'est précisément par ce que « le besoin ne s'en est « pas fait sentir, et qu'en tout cas il y serait satisfait par une « lettre de change tirée à l'ordre d'une personne dénommée « et endossée en blanc[1]. »

2° *Au fond, l'endossement diffère de la cession de créances.* — La cession de créances est le transport au cessionnaire des droits et actions du cédant, et les mêmes exceptions qui auraient pu être opposées au cessionnaire sont opposables au cédant. Ainsi, la compensation qui se serait opérée entre le cédant et le débiteur cédé, la saisie-arrêt qu'auraient pratiquée contre le cédé les créanciers du cédant, seront opposables au cessionnaire, car la cession est à l'égard du cédé *res inter alios acta* et il est vis-à-vis du cessionnaire ce qu'il est vis-à-vis du cédant ; pour empêcher ce résultat, il faudra

« plutôt une forme qu'on doit tenir pour parfaitement incapable de trans-« férer des droits contre un tiers : l'usage même ou le style de change ne « sauraient lui donner cette force, mais il faut accorder que la transmis-« sion d'une lettre de change et des droits qui en résultent peut se faire « sans écrit, par la tradition manuelle du titre, et alors l'écriture sera inu-« tile pour le transport de la propriété ou n'aura que cette très-petite utilité « de montrer que la possession a été acquise sans aucune réserve de droits « d'un précédent porteur.... L'endossement en blanc ouvre donc la voie à « une négociation de la lettre de change par simple tradition, parce que « tout porteur acquiert ainsi le droit de s'attribuer l'endossement et qu'une « lettre de change ainsi endossée devient un véritable titre au porteur.... « On peut bien dire que l'endossement en blanc, au lieu d'opérer la négo-« ciation de la lettre de change, est le moyen d'exclure tout endossement « à venir et de transformer en lettre de change au porteur celle qui avait « été faite à personne dénommée; car, si un pareil endossement se trouve « sur la lettre de change, le porteur peut évidemment la transmettre à un « autre sans plus de difficulté, sans qu'il reste aucune trace de la négocia-« tion ni le plus petit indice que la lettre de change a passé par ses « mains » (Einert, *op. cit.*, p. 129-130).

[1] *Die allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung erläutert*, p. 34.

Digitized by Google

recourir à certaines formalités qu'on appelle l'ensaisinement du cessionnaire. Une règle pareille serait la mort de la lettre de change, car la négociation en doit être facile et rapide et rien ne l'entraverait davantage que la nécessité pour le porteur de s'enquérir des causes d'extinction de la dette intervenues entre l'endosseur et le tiré, et le danger qu'il courrait de se voir opposer celles qu'il n'aurait pas connues. Aussi une pratique ancienne comme l'endossement et consacrée par la législation et la jurisprudence dans tous les pays, admet-elle ici une dérogation capitale au principe de la cession de créances et ne permet-elle pas d'opposer au porteur les exceptions dites *ex personâ indossantis*. Mais alors la théorie du contrat de change ne s'explique plus : qu'est-ce que la lettre de change? le titre d'une créance du tireur contre le tiré. Qu'est-ce que l'endossement? le transport de cette créance à un tiers. Comment ce tiers aurait-il plus de droits que le cédant? Comment le tiré ne pourrait-il pas lui opposer les moyens de défense qu'il avait contre le cédant? Ce qui le prouve c'est qu'on a douté pendant quelque temps que la lettre de change pût être tirée à ordre, parce qu'il est de l'essence de la clause à ordre que le tiré s'engage directement envers le porteur quel qu'il soit, comme si le porteur ne tenait pas son droit de transmissions successives, et on ne comprenait pas qu'il fût possible de concilier une règle aussi exceptionnelle avec la théorie du contrat de change [1]. Dans la théorie d'Einert rien n'est plus simple : la lettre de change est un papier-monnaie et jamais on n'a pensé à rendre le porteur actuel d'un tel papier passible des moyens de défense qu'on aurait pu opposer à un porteur précédent; l'endossement n'est pas une cession de créances, mais un acte *sui generis* qui n'admet pas d'autres règles que celles qu'a créées l'usage confirmé par la loi pour la plus grande utilité du commerce, car la lettre de change aurait perdu tout son crédit si elle avait été soumise aux principes généraux du droit civil [2].

[1] Nouguier, *op. cit.*, t. I, n° 140.

[2] « La loi doit considérer la promesse de payement qui résulte de la « lettre de change comme s'adressant au public pour qui la lettre de change « est faite; c'est une promesse qui ne peut être modifiée, diminuée ni af- « faiblie par les rapports réciproques du tiré et du porteur par les mains « de qui la lettre de change a passé. C'est seulement par cette direction

Digitized by Google

V. *Les règles relatives à la provision sont étrangères à la lettre de change et indifférentes au porteur.* — La provision ne consiste pas seulement dans une valeur envoyée par le tireur au tiré qui, en échange, promet d'accepter et de payer : c'est le cas le plus simple, mais le plus rare en pratique et, en général, il y a provision toutes les fois que le tiré est nanti par une cause quelconque d'une valeur au moins égale au montant de la lettre de change, ou qu'il est avec le tireur dans des rapports tels qu'il ne peut refuser ni l'acceptation, ni le payement. La provision est quelque chose de fictif et on peut dire exactement que c'est la cause pour laquelle le tiré contracte l'obligation d'accepter la lettre de change et de la payer. C'est donc affaire entre le tireur et le tiré et, si les principes exposés jusqu'ici sont vrais, si les rapports du tireur et du tiré sont étrangers à la lettre de change, il ne devra pas être question de la provision dans une loi sur les lettres de change. Ce n'est pas l'idée que s'en est faite le législateur français, il a vu dans la création d'une lettre de change une opération complexe dans le contrat, entre le tireur et le tiré une partie intégrante de cette opération, et dans la provision un élément de ce contrat. Il a été ainsi amené à donner une place à la provision dans la loi sur les lettres de change, à dire comment la provision devrait être fournie et quelles seraient les conséquences du défaut de provision ; enfin à faire de la provision une garantie du porteur. La jurisprudence entrant dans cette voie a été beaucoup plus loin : elle a reconnu au porteur un droit de propriété sur la provision, en ce sens qu'il peut s'opposer à ce que, le tiré l'ayant reçue, elle

« donnée à la promesse de payement d'un particulier qu'on peut faire re-
« présenter l'argent par la lettre de change.... Dans la lettre de change tirée
« à l'ordre d'une personne dénommée, la forme de la lettre de change et
« l'habitude où l'on est de la négocier par endossement protestent contre
« la théorie du contrat de change : on voit, en effet, un individu à qui le
« payement est dû et on ne s'explique pas comment un autre peut l'exiger
« à sa place. Le droit personnel du premier n'a pas été transmis au se-
« cond, il fut un temps où l'on doutait que ce transport fût possible, si le
« tireur n'y avait pas consenti par les mots *ou à son ordre* et si l'on ne
« trouvait pas au dos du titre l'endossement que l'on considère comme
« une cession. La réfutation de cette objection se trouve dans la véritable
« théorie de l'endossement, où l'on voit s'il est possible de le traiter comme
« une cession de créance et si la pratique commerciale est conforme à la
« théorie de l'école » (Einert, *op. cit.*, p. 85-87).

Digitized by Google

lui soit reprise par les syndics du tireur en faillite : conséquence extrême, exacte, croyons-nous, une fois admis le point de départ du système français [1], mais dangereuse en pratique parce qu'elle conduirait à permettre au porteur d'exiger qu'elle ait provision. Ce serait supprimer les lettres de change à découvert. Einert enseigne, au contraire, que la provision est une garantie pour le tiré et pour le tiré seul, et nullement une sécurité pour le porteur, intéressé en fait à l'existence d'une provision qui peut seule décider le tiré à l'acceptation et au payement, mais non fondé à élever de ce chef aucune prétention : le seul droit qu'il ait c'est de recourir contre le tireur qui devait assurer l'acceptation et le payement et qui n'a pas rempli son obligation. Conséquent avec lui-même, Einert pousse cette idée à l'extrême : à ses yeux garantir l'acceptation et le payement est pour le tireur une obligation stricte, qu'il doit remplir quand et comment il le voudra, mais qu'il doit remplir en sorte qu' « il est soumis au recours alors « qu'il n'aurait négligé aucune disposition pour y satisfaire « et qu'il apporterait la preuve la plus décisive des efforts les « plus consciencieux [2] ». Toutefois l'ordonnance de Franc-

[1] Cpr. *supra*, p. 463, note 1.

[2] « Le point de vue du droit français et de l'ancienne école, savoir qu'il « y a dans la lettre de change deux contrats dont elle est la preuve, nous « paraît encore d'une application peu pratique à un autre point de vue. Il « donne en effet à la garantie du preneur une extension qui n'est pas dans « l'intention du commerce et que l'opération ne comporte pas. Cette obser- « vation mérite attention, quoiqu'on reconnaisse qu'elle seule ne suffirait « pas à réfuter la théorie française. Si l'on admet que la lettre de change « est un papier-monnaie reposant sur le crédit des particuliers, on voit de « suite l'objet très-simple de la garantie : le tireur ne garantit pas tel pro- « cédé, mesure ou prestation, mais un double résultat ; le tiré acceptera « et il payera, c'est-à-dire que la garantie du tireur assure la libération de « la lettre de change. Quant à une garantie spéciale des moyens à employer « pour obtenir du tiré l'acceptation et le payement, il n'en est pas ques- « tion : l'a-t-il avisé de l'émission de la lettre de change, l'a-t-il couvert et « l'a-t-il fait régulièrement ? ce sont des questions étrangères à la lettre « de change ; le double objet de cette garantie n'est-il pas atteint, le garant « est soumis au recours, alors même qu'il aurait tout fait pour y arriver et « qu'il apporterait la preuve décisive des efforts les plus consciencieux. Si « l'on admet que le mode d'accomplissement de cette obligation soit com- « pris dans la lettre de change, que la formule *payez contre cette présente* « *de change* soit un mandat du tireur au tiré, et que ce dernier déclare dans « l'acceptation qu'il exécutera ce mandat, il semble qu'il s'agisse là de l'or-

Digitized by Google

fort n'a pas été aussi loin ; nous lisons dans l'exposé des motifs qu'on a laissé en dehors de la loi la théorie de la provision, moins par des raisons scientifiques que dans la crainte de compliquer une loi générale de règles qui peuvent varier suivant les diverses législations civiles [1], et d'autre part le § 82 de l'ordonnance repousse formellement la conséquence extrême du système d'Einert en décidant que « lorsque les obli-« gations du tireur et de l'accepteur sont éteintes par la pres-« cription ou l'omission des formalités nécessaires à la con-« servation du droit de change, ils restent obligés envers le « porteur dans la mesure de ce dont ils s'enrichiraient à son « détriment », et M. Brauer explique que le tireur s'enrichirait aux dépens d'autrui s'il avait reçu la valeur de la lettre de change qu'il a tirée et n'en avait pas fourni la provision [2].

VI. *Les règles générales de la lettre de change ne peuvent être modifiées par la convention des parties.*— Si la lettre de change est la preuve d'un contrat, et si l'endossement est la transmission à une tierce personne du bénéfice de ce contrat, les parties pourront, suivant le principe de l'article 1134 du Code Napoléon, modifier par des conventions particulières les effets attachés par le droit commun à la forme de la lettre de change, et les stipulations acceptées par le preneur feront loi,

« ganisation des moyens à prendre pour réaliser la lettre de change, tels « qu'ils ont été choisis par le tireur afin de mesurer par là l'étendue de « l'obligation du tiré. La législation napoléonienne est entrée dans cette « voie : le Code de commerce contient un titre spécial *de la provision* et, « dans la nature des choses, il ne devrait pas y avoir un titre pareil dans « le droit de change en tant que celui-ci ne doit contenir que les disposi-« tions nécessaires pour assurer le payement de la lettre de change » (Einert, *op. cit.*, p. 119-121).

« L'accepteur, comme on l'a démontré plus haut, n'est que la caution « du tireur ; les principes du droit civil sur les rapports et obligations de « la caution suffisent pour qu'il soit tenu sans réserve au payement de la « lettre de change ; le fidéjusseur romain était tenu de payer sans qu'il fût « question de provision reçue du débiteur principal. Ce n'est supposé nulle « part, aucune caution ne peut se servir contre le créancier du moyen tiré « de ses rapports particuliers avec le débiteur principal, elle doit payer en « toute circonstance et n'a après payement que de simples actions contre le « débiteur principal, actions fondées sur une intercession demandée ou « spontanée, ou cédées à lui par le créancier » (Einert, *op. cit.*, p. 287-288).

[1] Cpr. *supra*, t. XXXII, p. 534.

[2] *Op. cit.*, p. 141.

Digitized by Google

non-seulement pour lui, mais pour les porteurs subséquents subrogés à ses droits; la jurisprudence s'est plus d'une fois prononcée en ce sens[1]. Il en serait autrement si la lettre de change était un papier-monnaie, car il est d'ordre public que les particuliers ne puissent pas changer à volonté les conditions légales d'émission et de transmission d'un papier-monnaie : la confiance dont il a besoin pour circuler rapidement en dépend, et de même que les droits du porteur d'un billet de banque ne sauraient être augmentés ni restreints par une convention privée, de même aucune stipulation particulière ne pourra modifier les effets normaux de la lettre de change. Aussi la loi allemande a-t-elle déterminé d'avance les clauses particulières qui pourront intervenir et dont le cercle ne saurait être étendu[2].

[1] Tribunal de Saumur, jugement du 4 avril 1831, confirmé par la Cour d'Angers : « Il est loisible au tireur d'une lettre de change d'y insérer telle « clause particulière ou restrictive du droit commun qu'il lui convient « d'imposer au preneur, comme il est loisible à celui-ci de ne pas s'y sou- « mettre et de renvoyer la traite si les clauses ne lui conviennent pas » (Sir., 84, 1, 225).— Douai, 4 août 1847 : « Les lettres de change étant des « effets de commerce, sont susceptibles, soit dans leur création, soit dans « leur négociation, de toutes stipulations accessoires qui ne sont contraires « ni à la loi ni à l'ordre public » (D., 48, 2, 43).

[2] « Lorsqu'un particulier tire une lettre de change pour la mettre en « circulation, il ne peut annoncer son intention par un programme publié « avant l'émission, la place de ce programme est tenue par la loi ou par le « droit général de change que l'on peut considérer comme quelque chose « d'absolu et d'incommutable, si l'on admet l'identité de la lettre de change « et du papier-monnaie. Ce qu'on trouve dans l'annonce de l'émission d'un « papier-monnaie, la loi doit le suppléer et considérer la promesse de paye- « ment que contient la lettre de change comme s'adressant au public pour « lequel une lettre de change est faite » (Einert, *op. cit.*, p. 85).

« Une autre conséquence de la nature de la lettre de change, considérée « comme papier-monnaie, c'est qu'il ne dépend pas de la volonté de celui « qui l'émet d'en déterminer les résultats légaux : ce principe qui n'a pas « été encore bien élucidé dans la science, mais que consacre la nouvelle « théorie du change, on ne peut l'admettre si l'on fait de la lettre de change « l'instrument d'un contrat. Dans tout contrat, même soumis aux condi- « tions rigoureuses d'un acte solennel, les contractants peuvent stipuler « sur son objet avec une certaine liberté et, alors même que le législateur « en a déterminé les conséquences, ce n'est jamais qu'en supposant l'ab- « sence de toute convention contraire. Tout ce qui s'écarte des effets régu- « liers d'un acte sans en contredire l'essence ni la nature est permis aux « contractants (*volonté passe loi*). Or si, comme en France, on ne peut se

Digitized by Google

VII. *Le billet à ordre ne diffère pas de la lettre de change quant à son but et peut servir également de papier-monnaie commercial.* — Le point de vue auquel on se place pour fixer le caractère de la lettre de change exerce une grande influence sur la nature du billet à ordre. En droit français les règles sur l'endossement et le recouvrement sont communes à la lettre de change et au billet à ordre (C. de c., art. 187); mais il y a une différence profonde entre ces deux effets de commerce. Dans la lettre de change il y a deux contrats, l'un par lequel Primus promet à Secundus de l'accepter et de la payer, l'autre par lequel Secundus garantit à Tertius l'acceptation et le payement de Secundus; il y a, en d'autres termes, trois personnes, un tireur, un bénéficiaire et un tiré. Il n'y en a que deux dans le billet à ordre, le souscripteur et le bénéficiaire, puisque c'est le souscripteur lui-même qui payera. Il en résulte d'abord qu'il n'y a en matière de billet à ordre ni acceptation ni contrat de change, et c'est pour cela qu'il n'est acte de commerce que s'il est souscrit pour cause commerciale ou entre commerçants (C. de c., art. 636); on sait, en effet, que la jurisprudence n'admet pas que le billet à domicile soit commercial par lui-même; cependant un revirement ne nous surprendrait pas après la loi du 22 juillet 1867. Il

« séparer de la théorie du contrat de change, on est tout à fait conséquent « en posant comme principe le droit pour le tireur de déterminer les effets « de la lettre de change, mais une pareille liberté ne se concilie pas avec « la lettre de change papier-monnaie : avec la circulation rapide à laquelle « elle est destinée, on ne peut imposer au porteur de rechercher tout d'a- « bord soigneusement s'il y a des restrictions au droit commun et quelles « restrictions. Aussi la doctrine bien nette de l'ordonnance de Leipzig est- « elle que les effets légaux de la lettre de change ont une valeur incom- « mutable et ne peuvent être restreintes par des stipulations que la loi « n'aurait pas formellement autorisées. Ce principe n'est pas écrit dans la « loi à cause de son caractère un peu dogmatique, mais il a été affirmé à « plusieurs reprises dans les discussions. Il trouve, d'ailleurs, son applica- « tion dans plusieurs dispositions, notamment dans le § 21, où, dans le « doute, toute déclaration du tiré sur la lettre de change est considérée « comme une acceptation sans réserves. Il faut donc tenir pour certain que « les prescriptions relatives au payement du papier-monnaie commercial « ont reçu de la loi un caractère d'absolue nécessté et ne peuvent être, en « général, modifiées par la volonté des parties » (Brauer, *op. cit.*, p. 22-23. Aj. la note 55 qui énumère les stipulations formellement autorisées par l'ordonnance).

Digitized by Google

paraît bien, en effet, que l'article 632 du Code de commerce entend que toute remise de place en place soit un acte de commerce et que, si la cour de cassation s'est fixée en sens contraire après de longues hésitations, ç'a été en haine de la contrainte par corps et pour ne pas étendre, dans le doute, les rigueurs de la commercialité. Aujourd'hui que la commercialité n'a plus d'autre conséquence que la compétence des tribunaux de commerce, il est probable qu'on répugnera moins à l'admettre. Quoi qu'il en soit, le billet à ordre n'est pas autre chose qu'une obligation civile ou commerciale revêtue de la forme consacrée par le droit de change, c'est-à-dire constatée par un billet transmissible dans une certaine forme et payable à celui qui au jour de l'échéance s'en trouvera régulièrement porteur. Tout autre est le billet à ordre dans la doctrine d'Einert : il ne diffère de la lettre de change qu'en ce que deux personnes y interviennent au lieu de trois, et que, faute de tiré, il ne peut être question d'accepteur ; à part cela il joue le même rôle que la lettre de change. C'est une promesse de payement faite à une personne déterminée par un individu qui s'engage à payer lui-même au lieu de faire payer par un tiers, circonstance accessoire, sans influence sur la nature du titre et qui ne peut l'empêcher de servir comme la lettre de change de papier-monnaie commercial. Qu'importe, en effet, qu'il soit ou non payable dans un autre lieu, qu'il soit billet à domicile ou billet à ordre proprement dit? La lettre de change elle-même est dispensée de cette condition. Qu'importe qu'il n'y ait pas de tiré? Ses rapports avec le tireur sont étrangers à la lettre de change. Restent donc les rapports du souscripteur et du bénéficiaire, mais ils s'établissent dans le billet à ordre comme dans la lettre de change ; donc ce sont deux actes de même nature et destinés au même but. C'est ce qu'enseigne M. Brauer d'une manière très-nette sur le § 96 de l'ordonnance de Francfort : « Le billet à ordre se distingue essentiellement d'une « reconnaissance suivant le droit de change : cette dernière « n'est qu'un titre ordinaire dans lequel le contrat originaire « des parties est conservé, mais fortifié par la soumission du « débiteur à la rigueur du change ; le billet à ordre, au con- « traire, est une véritable lettre de change, c'est-à-dire une « reconnaissance de dette abstraite, qui ne se réfère aucu-

Digitized by Google

« nement au rapport obligatoire qui en est le fondement. La « loi ne considère le billet à ordre que sous ce rapport et lui « donne ainsi tout l'effet d'une véritable lettre de change; « et il est d'une extrême utilité pour le commerce, car il as- « sure le payement régulier d'une créance ordinaire et per- « met de le réaliser plutôt au moyen de l'escompte [1]. » Aussi n'y a-t-il à faire aucune distinction entre la lettre de change et le billet à ordre, en ce qui concerne la procédure et la contrainte par corps : la loi allemande applique à l'un comme à l'autre la procédure sommaire et la contrainte par corps [2].

[1] *Op. cit.*, p. 150-151.

[2] Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 538, note 2.— Einert donne à cette partie de son système de tels développements que nous ne pouvons les traduire, même en partie : nous nous bornerons à les résumer. Toute lettre de change contient un billet à ordre, car le billet à ordre est une promesse de payement faite par le souscripteur, et ce qu'il y a de plus dans la lettre de change, c'est que cette promesse est cautionnée par une troisième personne, le tiré : la lettre de change n'est donc autre chose qu'un billet à ordre perfectionné. Cela étant, il n'y a pas de raisons pour qu'il ne serve pas de surrogat de la monnaie, d'autant mieux que souvent, pour simplifier et pour supprimer la nécessité d'un recours du tiré au tireur, on aime mieux faire un billet à ordre qu'une lettre de change. Les auteurs français reconnaissent cette identité pour le billet à domicile parce qu'il contient une remise de place en place, mais il faut aller plus loin et reconnaître qu'elle existe, même pour le simple billet à ordre, parce que son contexte même prouve que ce n'est pas une promesse de payement à une personne déterminée et qu'il est destiné à se transmettre de main en main : en un mot c'est un effet négociable au même titre que la lettre de change. Dans le système français, le billet à ordre est l'instrument d'une obligation ordinaire revêtue d'une forme spéciale et sanctionnée par la rigueur spéciale au droit de change, c'est une *adjectitia qualitas*. Celui qui souscrit un billet à ordre est un débiteur qui demande du crédit et qui, en échange du terme que son créancier lui accorde en acceptant un billet à échéance, se soumet aux rigueurs spéciales de ce genre d'obligation. Mais rien n'est plus fait que ce point de vue pour discréditer le billet à ordre, car il ne servira donc jamais qu'à faire obtenir crédit aux débiteurs dont les affaires sont embarrassées. Entre négociants sérieux et dont le crédit est solide, le billet à ordre a un autre but, celui qu'on a précisément indiqué, et ce qui le prouve, c'est que le créancier recevant un billet à ordre se considère immédiatement comme payé par le papier qu'il peut endosser à un tiers, tandis que s'il n'avait que l'intention de faire crédit au souscripteur, il subordonnerait la libération de ce dernier au recouvrement effectif du montant du billet. De plus, en se plaçant au point de vue français, on ne comprend pas mieux en matière de billet à ordre qu'en matière de lettre de change, la règle qui défend d'opposer au porteur les exceptions *ex persona indossantis*, et ce-

Digitized by Google

IV.

Voilà, si je ne me trompe, l'influence que la loi du 22 juillet 1867 doit exercer dans un avenir plus ou moins prochain sur la législation des lettres de change : une disposition qui se rattache évidemment à la contrainte par corps sera supprimée, et comme ce n'est pas une règle isolée, mais le point de départ d'un système vieilli, une fois l'attention du législateur portée sur ce point, c'est le système tout entier qui devra disparaître. D'ailleurs ce n'est pas une révolution que nous demandons ni la transformation radicale d'une institution essentielle de crédit : le texte de la loi changera, mais la pratique n'en sera pas sensiblement modifiée, car, par un phénomène intéressant à étudier, tandis que le législateur s'attardait dans une théorie usée, la jurisprudence a suivi bon gré mal gré la marche irrésistible des affaires et la lettre de change, en dépit des restrictions légales, est devenue ce qu'elle doit être, ce qu'elle est à peu près partout. Ainsi la remise de place en place n'a pas empêché des suppositions impossibles à découvrir; la mention de la valeur fournie, les formules *valeur en moi-même* et *valeur en compte;* les règles sur la provision, la lettre de change à découvert; et celles de l'endossement, les endossements en blanc. Ce n'est pas à dire que cette réforme d'une partie du Code de commerce ne soit pas nécessaire; tout au contraire, il est urgent de mettre fin à cette opposition de la théorie et de la pratique, aux hésitations, aux tiraillements, aux contradictions qui en sont la conséquence. Pour le montrer nous allons examiner l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur les deux dispositions qui, avec le § 1er de l'ar-

pendant il n'y a nul doute qu'elle s'y applique. En effet, si le billet à ordre n'est qu'une créance ordinaire avec une *adjectitia qualitas,* comment le porteur peut-il être autrement traité qu'un simple cessionnaire? La conclusion est donc qu'il faut, pour permettre au billet à ordre de jouer le rôle auquel on le destine et expliquer les règles auxquelles il est soumis par la tradition et l'usage commercial, reconnaître l'identité de cet effet de commerce avec la lettre de change, sinon quant aux détails et en tenant compte de l'absence d'une personne obligée au payement autre que le souscripteur, au moins quant au but de sa création qui est de donner au bénéficiaire un papier dont il puisse faire argent (*op. cit.*, p. 465-471, *passim*).

Digitized by Google

ticle 110, appellent la réforme la plus pressante : l'article 110, § 7, qui exige la mention de la valeur fournie et les articles 137 et 138 qui règlent la forme de l'endossement.

I. L'article 110, § 7 du Code de commerce est ainsi conçu : « La lettre de change énonce la valeur fournie en espèces, en « marchandises, en compte ou de toute autre manière. » Il ne paraît pas qu'à l'origine cette énonciation ait été considérée comme essentielle : on voit les très-anciennes lettres de change italiennes exprimer par les mots *per la valuta avuta* ou *scudi contici* que le preneur en a fourni la valeur ; ou par les mots *per la valuta intesti* ou *cona a noi* qu'elles ont été tirées à crédit ; mais d'abord c'était une faculté pour les parties et non pas une obligation ; et d'autre part il n'était pas d'usage d'indiquer en quoi consistait la valeur fournie [1]. Il n'y a donc là rien qui ressemble à la disposition de l'article 110 : la mention de la valeur fournie comme partie essentielle de la rédaction d'une lettre de change, et avec indication de la nature de cette valeur, semble s'être introduite au XVIIe siècle, à peu près à la même époque que l'endossement ; elle apparaît pour la première fois dans l'article 1er de l'ordonnance de 1673 et nous avons montré les efforts inutiles de Pothier pour en rendre une raison satisfaisante.

Les travaux préparatoires du Code de commerce fournissent sur ce point quelques lumières. L'article 120 (aujourd'hui 110) du projet portait seulement que la lettre de change indiquerait la valeur fournie [2] ; mais sur l'article 144 (aujourd'hui 137), relatif à la forme de l'endossement, M. Defermon proposa dans un amendement qui embrassait la rédaction de la lettre de change et celle de l'endossement, « d'ordonner qu'on expri- « mât dans les lettres de change que la valeur a été fournie « et que ce ne peut être que *valeur en marchandises* ou *valeur* « *au comptant*. La facilité de mettre *valeur en compte* favori- « serait trop les fraudes. » L'amendement fut adopté ; il tendait, comme on le voit, à proscrire la mention *valeur en compte*, jugée insuffisante. « Il fut adopté légèrement, dit Locré, et « sans discussion : la section, en examinant de plus près, « comprit que la crainte de fraude dont avait parlé l'auteur

[1] Massé, *Droit commercial*, t. V, n° 1571.
[2] Locré, *op. cit.*, t. II, p. 27.

Digitized by Google

« de la proposition n'était pas aussi réelle qu'il l'avait pré-
« tendu et, en conséquence, elle ne crut pas devoir gêner le
« commerce en lui interdisant une fraude que l'usage avait
« introduite. Elle ajouta donc, pour mettre, au contraire, le
« commerce plus à l'aise, la disposition qui permet d'exprimer
« la valeur en espèces, en marchandises, en compte ou de
« toute autre manière[1]. » Mais le tribunal fit alors une autre observation et demanda la suppression des mots *ou de toute autre manière*. « *Espèces, marchandises, en compte* exprime
« tout ce qu'il est possible de concevoir pour annoncer la va-
« leur fournie pour une lettre de change ; *valeur en moi-même*,
« *valeur reçue, valeur au comptant*, formules introduites dans
« le commerce au mépris de l'ordonnance de 1673, sont des
« expressions obscures et dont il peut résulter des difficultés
« et des abus. » Cette proposition ne fut pas adoptée[2].

C'est à la jurisprudence qu'il faut demander l'interprétation de l'article 110, § 7, car elle est appelée tous les jours à se prononcer sur la validité ou l'insuffisance des formules employées par les parties. Or elle tient pour incomplètes les énonciations suivantes : *valeur entre nous — valeur en contractant — valeur entendue — valeur suivant nos conventions de ce jour :* elles
« n'indiquent ni de quelle manière la valeur a été fournie, ni
« même s'il a été réellement fourni une valeur, elles n'assignent
« à la création du titre d'autre cause qu'une convention dont
« elles ne déterminent pas la nature et n'attestent pas l'exécu-
« tion[3] » — *valeur reçue :* celle-ci a été la plus discutée, mais on a fini par la rejeter, et il le fallait, une fois le principe admis, car il n'y en a pas de plus vague[4]. Les mots *ou de toute autre manière* de l'art. 110 ont donc été entendus en ce sens que la valeur fournie doit toujours être exprimée, et exprimée d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'on puisse savoir quelle valeur a été fournie ; mais qu'il importe peu en quoi elle a consisté, et que, civile ou commerciale, mobilière ou immobilière, pécuniaire ou autre, elle est toujours une cause suffisante à la création de la lettre de change[5]. C'est

[1] Locré, *op. cit.*, t. II, p. 163.
[2] Locré, *op. cit.*, t. II, p. 124.
[3] Rej. ch. civ., 14 août 1850 ; D., 50, 1, 270.
[4] Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 84.
[5] Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 89.

Digitized by Google

ainsi qu'ont été jugées suffisantes les énonciations : *valeur en bons offices*[1] — *valeur en règlement de ce jour*, lors même qu'il est prouvé que l'effet a été souscrit en payement d'une vente d'immeubles[2] — *valeur reçue comptant*, lors même que la lettre de change est tirée en échange d'une radiation d'inscription hypothécaire[3] — *pour la retenue de la location de la maison des Girets et droit de pêche*[4].

Mais quelle est la sanction de l'article 110, §7, et ceci comprend deux questions : 1° quelles sont les conséquences de l'émission de la mention *valeur fournie;* 2° quelles sont les conséquences d'une fausse énonciation de cette valeur.

D'abord, quant aux conséquences de l'omission de la mention *valeur fournie*, la lettre de change est un acte solennel et les énonciations prescrites par l'article 110 le sont à peine de nullité ; la lettre de change qui n'indiquerait pas l'espèce de valeur reçue par le tireur sera donc nulle comme lettre de change pour cause d'omission, et ne produira aucun des effets spéciaux de ce titre privilégié. Spécialement le tribunal de commerce cessera de plein droit d'être compétent, à moins qu'il ne soit prouvé que l'opération est commerciale, car elle peut continuer à produire les effets d'une obligation civile ou commerciale, puisque la formalité dont il s'agit est spéciale aux lettres de change et que les obligations sont valables en général, alors même que la cause n'en est pas exprimée (C. Nap., art. 1132)[5]. Mais, comme lettre de change, elle est nulle d'une manière absolue et il en résulte les deux conséquences suivantes : 1° aucune preuve que la valeur a été réellement fournie ne pourra réparer cette omission, car ce que veut la loi, ce n'est pas tant l'existence que l'expression de la cause, pour que le titre porte en lui-même la preuve de sa validité; si cette expression manque, rien ne peut la suppléer[6]; 2° le vice d'émission est opposable même aux porteurs de

[1] Rej. ch. civ., 13 ventôse an XIII; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 81, note 4.

[2] Paris, 11 mars 1806 ; Dalloz, *op. cit.*, v° *Acte de commerce*, p. 392, note 1.

[3] Pau, 11 novembre 1834 ; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 78, note 1.

[4] Cass., ch. civ., 4 août 1852 ; D., 52, 1, 310.

[5] Toulouse, 2 mai 1826 ; Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, p. 203, note 3.

[6] Massé, *op. cit.*, t. III, n° 1572.

Digitized by Google

bonne foi, c'est-à-dire qui ne s'en seraient pas aperçus. Il est, en effet, de doctrine et de jurisprudence que le vice d'omission, à la différence du vice de supposition, est opposable aux porteurs de bonne foi, à cause de son caractère ostensible, tel qu'ils ont dû le connaître et sont en faute de l'avoir ignoré, tandis que celui de supposition est un vice caché et qu'en rendre responsables les personnes qui l'ont ignoré entraverait, au lieu de l'activer, la circulation de la lettre de change. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, chambre civile, par arrêt du 11 août 1850, dans l'hypothèse de l'énonciation *valeur suivant nos conventions de ce jour :* « Attendu que, lorsque « conformément à l'article 188 du Code de commerce, le « billet à ordre énonce la valeur fournie, le cessionnaire de « bonne foi à qui il est transmis par endossement régulier, « n'est pas tenu de rechercher lors de la négociation qui en « est faite, si la cause licite qui s'y trouve exprimée est réelle, « ou si les conventions que l'existence du billet peut révéler « ont été exécutées, mais que cette faveur attachée à la né- « gociation des effets de commerce et à la sécurité de leur « circulation n'est accordée par la loi que lorsque les condi- « tions qu'elle propose pour la confection du titre ont été « remplies;... attendu que cette absence d'une énonciation « valable de la cause du billet à ordre ne lui laissait que les « effets d'une simple promesse, objet d'une cession ordinaire ; « qu'ainsi le souscripteur restait maître d'opposer au tiers « porteur les conséquences de l'inexécution des conventions « dont l'existence seule avait été indiquée comme cause de la « création du titre... [1] »

Ensuite, quant à la supposition de valeur, une controverse s'est élevée en présence de l'article 112 qui, énumérant les diverses suppositions, est muet sur celle-là. Il faut décider qu'elle ne rentre ni dans l'article 110 ni dans l'article 112 : dans l'article 110, parce qu'il n'exige qu'une chose, la mention d'une valeur et que, par hypothèse, la valeur fournie a été énoncée ; dans l'article 112, parce qu'il répute les lettres de change entachées de supposition simples promesses, mais qu'énumérant les diverses suppositions, il passe sous silence la supposition de valeur et qu'on ne peut étendre par analogie

[1] D., 50, 1, 270.

Digitized by Google

une disposition pénale. Il faut donc recourir au droit commun et dire : ou l'engagement constaté par la lettre de change a une cause, ou il n'en a pas; s'il en a une, le titre est parfaitement valable et valable comme lettre de change ; car il satisfait d'une part aux conditions de forme voulues par la loi et de l'autre aux conditions de fond, telles que l'existence d'une cause, requises pour la validité d'une convention (C. Nap., art. 1131); s'il n'y a pas de cause le titre sera absolument nul, nul comme lettre de change, nul aussi comme simple obligation, faute d'une condition sans laquelle aucun acte juridique ne saurait exister, et à ce cas assez rare en pratique de l'absence complète de cause, il faut joindre les hypothèses plus vraisemblables de la fausse cause et surtout de la cause illicite (C. Nap., art. 1133)[1]. L'inexistence ou la nullité de la cause se prouvera d'ailleurs par tout moyen de preuve[2] et ainsi il a été jugé qu'on peut, sans prouver contre et outre le contenu aux actes, établir par témoins que la valeur n'a pas été fournie avant la création de la lettre de change; et cette preuve avait son intérêt dans l'espèce, pour restreindre l'étendue d'un cautionnement qui, dans l'intention des parties, n'avait été donné que pour les obligations contractées avant la création de la lettre de change[3].

Seulement ce vice, tout absolu qu'il est, qui résulte de l'absence d'une cause licite dans la lettre de change, ne sera opposable qu'au porteur de mauvaise foi et l'on devra appliquer ici la règle suivie en matière de supposition : il est de principe en matière de lettre de change, que les vices n'en peuvent être opposés qu'à ceux qui les ont connus ou dû connaître à l'apparence extérieure de l'acte : « Attendu qu'à « la différence des simples cessions de créance dont s'occupe « le Code civil dans le chapitre VIII du *Contrat de vente*, et « qui laissent les cessionnaires exposés aux mêmes exceptions « que les cédants, il résulte virtuellement de la nature même « des transports des effets à ordre par un endossement régu- « lier et des dispositions du Code de commerce relatives à la « création de ces effets, à leur négociation et à leur payement,

[1] Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 123, note 1.
[2] Massé, *op. cit.*, t. III, n°s 1562, 1563, 1573.
[3] Rej. ch. civ., 14 juillet 1845; D., 45, 1, 336.

Digitized by Google

« auquel les articles 140 et 164 obligent individuellement, « collectivement et solidairement les souscripteurs et endos- « seurs, que le cessionnaire possesseur de bonne foi n'est pas « passible de ces exceptions et qu'il n'est pas tenu de recher- « cher lors de la négociation qui lui est faite, si la cause licite « qui s'y trouve exprimée dans la forme est réelle, ou si les con- « ventions que les termes du billet peuvent révéler ont été exé- « cutées [1]. »

Telles sont la doctrine et la jurisprudence sur la mention de la valeur fournie. Nous avons montré que cette prescription ne se justifie par aucune raison théorique sérieuse et que c'est là précisément où le législateur aurait dû être plus facile, qu'il s'est montré plus rigoureux, en exigeant dans la lettre de change une énonciation qu'il déclare lui-même inutile dans les obligations en général [2]. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point, un seul a soutenu que « ce principe n'est pas nou- « veau et créé pour le seul contrat de change ; c'est l'application « de la règle universelle qui veut une cause licite dans toutes « les obligations; la valeur de la lettre de change c'est la cause « qui la valide ou la vicie [3]; » mais cette opinion est si évidemment fausse et contraire à l'article 1132 du Code Napoléon que nous ne nous arrêterons pas à la réfuter. Ce qu'il faut montrer, c'est l'illogisme de la loi, ses conséquences désastreuses si elle était prise à la lettre, et la singulière situation qui résulte de l'interprétation qu'elle a reçue, et disons-le, de la seule interprétation qu'elle pût recevoir.

Tout d'abord deux observations se présentent. L'obligation sans cause, sur fausse cause ou sur cause illicite est nulle, radicalement nulle, d'une nullité opposable à toute époque et à toute personne ; si c'est une lettre de change qui est entachée de ce vice, elle sera nulle pour ceux qui l'auront connu, mais valable pour ceux qui l'auront ignoré. Il faut que des intérêts bien considérables s'attachent à la circulation d'une lettre de change, pour que le législateur ait fait exception en sa faveur à un principe aussi fondamental. Or, à côté de cela, que

[1] Cass. ch. civ., 4 août 1852; D., 52, 1, 300. Cpr. Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 55; Massé, *op. cit.*, t. III, n° 1564.

[2] Cpr. *supra*, p. 68-70.

[3] Nouguier, *op. cit.*, t. I, n° 120.

Digitized by Google

voyons-nous? Qu'une obligation est toujours supposée avoir une cause et qu'elle est valable alors même que cette cause ne serait pas exprimée dans le billet qui la constate; au contraire, une lettre de change est nulle faute d'exprimer la cause de sa création, et nulle d'une nullité absolue, opposable même aux porteurs de bonne foi. Est-il possible que la forme emporte le fond à ce point, que la lettre de change soit payable quoique tirée sans cause ou pour une cause illicite, et qu'elle soit frappée de nullité absolue pour ne pas indiquer que la valeur en a été fournie? Certes, le législateur n'aurait jamais osé signer un article ainsi conçu : « La lettre de change sera « valable à l'égard du porteur de bonne foi, lors même que le « preneur n'en aurait pas fourni la valeur; mais elle devra « énoncer, à peine de nullité absolue, qu'une valeur a été « fournie. » C'est pourtant l'exacte vérité. — D'autre part, si les auteurs du Code de commerce attachaient une telle importance à l'observation de l'article 110, § 7, ils devaient y mettre plus de rigueur et n'admettre que des énonciations ayant une valeur sérieuse et indiquant l'existence d'une cause véritable. Aussi M. Defermon était-il dans le vrai quand il demandait l'exclusion de la formule *valeur en compte*, qui ne prouve pas, en effet, que le preneur ait fourni la valeur de la lettre de change qui lui a été remise. Mais aussi comment aurait-on pu se montrer plus difficile et, quand on n'exigeait pas qu'une valeur eût été réellement fournie, prescrire l'indication exacte de la nature de cette valeur? La disposition de l'article 110, § 7, était donc, pour ainsi dire, condamnée au moment même où on l'écrivait, car, en n'exigeant pas qu'une valeur eût été effectivement reçue, on s'interdisait d'en demander une expression exacte et sérieuse.

Du reste, en allant plus loin, le législateur s'exposait à discréditer la lettre de change. C'est déjà bien assez que, par une prescription inutile, par conséquent nuisible, édictée cependant à peine de nullité, il fasse courir de graves dangers aux petits commerçants, ignorants des subtilités de la loi et portés à négliger une formalité dont ils n'aperçoivent pas la raison d'être; en exigeant qu'une valeur eût été réellement fournie, on tuait la lettre de change à crédit; et en exigeant que la nature de cette valeur y fût exprimée, on obligeait les commerçants à divulguer le secret de leurs affaires. C'est M. Fré-

Digitized by Google

mery qui a le premier, il y a plus de trente ans, en 1833, attiré sur ce point l'attention des jurisconsultes. « Cette dis-« position de l'édit de 1673, reçue par continuation dans notre « Code et consacrée par la jurisprudence sans faire aucun « bien, produit des maux réels, non pas pour les grandes mai-« sons qui savent la loi et à qui il est facile de l'observer, mais « pour les commerçants d'un ordre moins élevé. Ceux-ci re-« çoivent chaque jour une immense quantité de lettres de « change : une d'elles, rédigée par un commerçant qui n'a pas « compris l'exigence de l'article 110 du Code de commerce, « porte seulement *valeur reçue;* le porteur, malgré sa bonne « foi, sera exposé à mille contestations : on déclinera, si les « signataire, tireur ou accepteur ne sont pas commerçants, « la juridiction commerciale; les créanciers du tireur ou de « l'accepteur formeront l'opposition au payement entre les « mains de leur débiteur et le porteur sera obligé de faire « preuve que la valeur a été fournie par le preneur, sinon il « n'aura aucune action. La loi, dira-t-on, l'avait prévenu; oui, « mais il se plaint d'une loi qui lui impose arbitrairement une « nécessité gênante que nulle raison ne justifie; il se plaint « d'une loi qui, en lui prescrivant l'énonciation de vaines pa-« roles, a en outre l'inconvénient de ne pas aller à son but, de « n'avoir aucune sanction contre les déclarations fausses, de « laisser subsister avec la plus entière facilité ce qu'elle a » voulu prévenir; de jeter le trouble et les procès dans les « négociations loyales. Pour abandonner ce point de légis-« lation, il devrait en coûter peu, ce semble, à l'amour-propre « national. Jamais le commerce français n'avait réclamé cette « innovation qu'aucun peuple, au XVIIe et au XVIIIe siècle, n'a « imitée; il suffirait de s'assurer que l'estimable Savary s'est « trompé, et cela dans une matière où il n'apportait que de la « droiture et de l'expérience des affaires commerciales, mais « nulle étude des principes de la législation. On reviendra « alors à ce qui a suffi pendant bien des siècles et suffit encore, « sauf à nous, à presque toute l'Europe. L'énonciation de la « valeur fournie est inutile, celle de la valeur reçue ou non « reçue a une importance réelle, mais pour les parties à qui « l'on peut s'en rapporter du soin de l'énoncer. Le tireur qui « fait crédit de la valeur au preneur de la lettre, ne déclarera « pas qu'il a *reçu* cette valeur ou s'il le déclare, ce sera à ses

Digitized by Google

« risques et périls, et parce qu'il aura bien voulu être le garant du preneur vis-à-vis des endosseurs. Rien de plus licite « que cette garantie, rien de plus licite que cette innocente « simulation qui ne nuit à personne et qui n'est que l'expression de la confiance du tireur, de la même manière que « l'acceptation de celui sur qui la lettre est tirée est licite, « quoiqu'il n'y ait pas eu provision [1]. »

La mention de la valeur fournie est aussi prescrite dans l'endossement par l'article 137 et elle donne lieu aux mêmes observations [2].

[1] *Études de droit commercial*, p. 124-126. Cpr. Einert, *op. cit.*, passage cité *suprà* ; Mittermaier, *op. cit.*, t. VII, p. 868 et s.; Bergson, *op. cit.*, t. V, p. 109; Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 57, note 1.

[2] La loi française n'est cependant pas seule à exiger que le contexte de la lettre de change et de l'endossement indique la valeur fournie par le bénéficiaire; on peut même dire que cette règle est le droit commun en Europe, car elle est reproduite non-seulement par les Codes promulgués depuis 1807 et inspirés du Code français, tels que les Codes espagnol (art. 426, § 5 et 467), portugais (art. 321 et 355), hollandais (art. 100 et 134), sarde (art. 150), des Deux-Siciles (art. 109), des États romains (art. 105), de Parme, Plaisance, Modène et Guastalla (art. 109), mais encore on la retrouve dans des législations d'origine différente, Code russe (art. 295, 302 et s.), hongrois (art. 321 et 355), de Danemark (art. 12), ordonnance de Bilbao pour le Mexique et l'Amérique du Sud (art. 2 et 3), lois des cantons de Bâle et Zurich (art. 2), du canton de Saint-Gall (art. 2), du canton du Tessin (art. 1235). Il y en a même qui insistent davantage sur ce point, ainsi le Code espagnol dit dans son article 418 : « Les clauses, *valeur entendue et valeur en compte*, « rendent le preneur responsable du montant de la lettre en faveur du tireur qui peut exiger le payement ou la compensation dans la forme et « dans le temps convenus entre eux par le contrat de change; » de même le Code russe, « article 302 : la lettre de change est remise par le tireur au « preneur en même temps que la valeur, à moins que le contraire n'ait été « stipulé et transcrit sur les livres du courtier; — 303 : dans les lettres « de change tirées, la valeur est censée n'avoir pas été fournie tant que « le preneur n'a pas entre les mains tous les exemplaires imprimés de la « lettre de change, lors même qu'un de ces exemplaires lui aurait été remis; « — 306 : si le preneur après la réception de la lettre de change tirée, mais « avant d'en remettre la valeur, apprend que le tireur ou la personne désignée pour payer est déclarée insolvable, il a le droit de restituer la lettre « de change et d'en garder la valeur; dans ce cas l'obligation est réputée « nulle et non avenue. » Mais ces lois sont moins exigeantes que notre article 100 et se contentent d'une mention moins complète : ainsi le Code espagnol tient pour suffisante la mention *valeur entendue;* le Code portugais, le Code hollandais, celui de Parme, Plaisance et Guastalla, la mention *valeur reçue;* le Code sarde dit expressément : « L'objet du présent article, « quant à l'indication de la date ou de la valeur, peut être rempli par les

Digitized by Google

II. Les articles 137 et 138 sur l'endossement appellent la même réforme que l'article 110. Nous avons dit que ces articles prescrivent certaines formalités qui excluent l'endossement en blanc; comment ils sont la conséquence d'un système dans lequel la lettre de change se transmet par une cession de créance, une cession *sui generis*, mais une cession; comment enfin la lettre de change, considérée comme papier-monnaie, peut se transmettre par un endossement en blanc et encore sans endossement. Il nous reste à montrer que la pratique a devancé l'œuvre du législateur, et que l'endossement en blanc s'est établi malgré la loi dans les usages du commerce, et qu'il n'y a pas de raison pour lui refuser plus longtemps l'existence légale.

L'article 137 dispose : « L'endossement est daté, il énonce « le nom de celui à l'ordre de qui il est passé, » et l'article 138 ajoute : « Si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions « de l'article précédent, il n'opère pas le transport, il n'est

« mots : *date ou valeur ci-dessus ou comme ci-contre*; mais ces mots ne « se rapportent qu'à l'écriture qui précède immédiatement l'endossement » (art. 119).

N'exigent pas l'indication de la valeur fournie : la loi anglaise, celle des États-Unis, la loi de Suède du 20 mai 1835 et enfin l'ordonnance allemande de 1848. Voici comment M. Colfavru résume la législation anglaise sur ce point : « L'énonciation de la valeur fournie n'est pas essentielle à la vali- « dité de l'*inland bill;* dans tous les cas cette mention vague *valeur reçue* « (*value received*) est considérée comme parfaitement suffisante.... (pour le « *foreign bill*) serait-il possible d'attaquer par la voie du témoignage une « lettre de change qui mentionnerait mensongèrement telle valeur fournie, « afin de masquer sous le mensonge les immorales entreprises de la dé- « bauche ou de la spéculation ? La loi anglaise n'exige pas que la lettre de « change mentionne la valeur fournie, et elle admet *primâ facie* que le « titre est intervenu sous une considération suffisante : la preuve testi- « moniale ne serait admise que s'il y avait présomption favorable procédant « d'un aveu préalablement acquis de la partie adverse, ou s'il y avait à re- « lever contre la prétendue valeur fournie qu'elle a pour cause l'usure, le « jeu, l'agiotage et telles autres opérations réprouvées et défendues par la « loi. Néanmoins on ne pouvait opposer ces irrégularités au porteur de « bonne foi » (*op. cit.*, p. 224 et 225). Anthoine de Saint-Joseph résume la législation américaine d'après la source qu'on connait (V. *suprà*, t. 32, p. 532), en disant : « L'énonciation prescrite par l'usage de valeur reçue n'est pas « indispensable pour la régularité de la lettre de change » (*op. cit.*, p. 207). La loi allemande passe sous silence l'énonciation *valeur fournie*. Enfin la loi de Suède du 20 mai 1835 n'exige pas dans son article 1 que la lettre de change énonce la valeur reçue par le tireur.

Digitized by Google

« qu'une procuration. » L'endossement qui ne satisfait pas au texte de l'article 137 est celui qu'on appelle irrégulier ; aux termes de l'article 138 il n'opère pas le transport et ne vaut que comme procuration, c'est-à-dire que la personne au profit de qui il est fait n'est pas propriétaire de la lettre de change et n'a que le mandat d'en toucher le montant. Deux questions se présentent immédiatement: 1° quelles sont les conséquences de ce qu'il n'y a pas transport, mais procuration; 2° est-il possible de prouver contre la présomption de la loi et malgré l'irrégularité de la forme, que les parties ont voulu faire un endossement régulier?

D'abord l'endossement irrégulier n'est qu'une procuration et il en résulte trois conséquences sur lesquelles sont maintenant fixées la doctrine et la jurisprudence. 1° Il n'y a pas transport de propriété, et la lettre de change appartient toujours à l'endosseur qui n'a donné qu'un mandat de la toucher pour lui; or, comme, aux termes de l'article 2003 du Code Napoléon, le mandat est révoqué par la mort et la faillite ou déconfiture du mandant, le porteur en vertu d'un endossement irrégulier, n'a plus le droit de se faire payer par le tiré après la mort de l'endosseur, et, en cas de faillite de celui-ci, les syndics ont seuls qualité pour recevoir le payement. « Attendu, dit le dernier arrêt sur cette question, que le sieur « Moitié, endosseur en blanc du billet litigieux, a été déclaré « en faillite par jugement du 23 janvier 1861; qu'aux termes « de l'article 2003 du Code Napoléon, cette faillite a mis fin à « toutes les procurations qu'avait pu donner le sieur Moitié, « quand il administrait personnellement ses affaires, et que, « par conséquent, à partir de la faillite, l'endossement irré- « gulier ne pouvait plus servir au porteur du billet pour « exercer une action contre le souscripteur..., attendu que « l'arrêt attaqué, refusant dans ces circonstances toute action « aux sieurs Fenaille et Chatillon, porteurs de l'endossement « en blanc donné par Moitié tombé en faillite contre le sieur « Domingo, souscripteur du billet, s'est conformé aux ar- « ticles 138 du Code de commerce et 2003 du Code Napo- « léon...[1]. » — 2° Le porteur par endossement irrégulier n'étant qu'un mandataire, représente l'endosseur et est passi-

[1] Rej. ch. req., 5 janvier 1864 ; D., 64, 1, 140.

Digitized by Google

ble, non pas des exceptions nées de son chef, mais de celles qui viennent *ex personâ indossantis :* c'est la conséquence de sa qualité de mandataire, et l'ordonnance de 1673 disait formellement : « Au cas que l'endossement ne soit pas dans les « formes ci-dessus, les lettres seront réputées appartenir à « celui qui les aura endossées et pourront être saisies par ses « créanciers et compensées par des redevables [1]. » — 3° L'endosseur peut révoquer le mandat tant que les choses sont entières, c'est-à-dire que le tiré n'a pas payé (C. Nap., art. 2003 et 2005); il peut donc, jusqu'à ce moment, retirer au mandataire l'effet qu'il lui a endossé [2]. — A part cela, les droits du porteur par endossement irrégulier sont ceux du porteur par endossement proprement dit, et on ne fait plus de doute aujourd'hui qu'il puisse négocier la lettre de change, comme il peut la garder jusqu'à l'échéance et se la faire payer par le tiré, car il remplit dans l'un et l'autre cas son mandat, qui est d'en recevoir le montant [3].

Mais supposons que les énonciations voulues par l'article 137 fassent défaut, le porteur sera-t-il par là même déchu du droit de prouver que l'endossement était dans l'intention des parties un endossement régulier, et, pour prendre l'hypothèse la plus pratique, si le porteur peut prouver qu'il a fourni la valeur de la lettre de change, et qu'il est ainsi acheteur et non mandataire, pourra-t-il faire rétablir la vérité des faits et acquérir les droits d'un porteur par endossement régulier? La question a été longtemps controversée, puis résolue par une distinction raisonnable et qui paraît être le dernier mot sur la question, tant que le Code de commerce n'aura pas été réformé. Dans les rapports des parties, c'est l'exactitude des faits qui prévaudra contre l'irrégularité de la forme et le preneur, en prouvant qu'il a fourni la valeur, se fera considérer comme acquéreur de la lettre de change dans ses rapports avec son endosseur, c'est-à-dire que celui-ci ne pourra plus reprendre le titre, car il ne le pourrait que comme mandant, et il est prouvé qu'il est vendeur ; l'endossement ne sera pas révoqué par sa faillite, sa déconfiture ou son décès, car il ne

[1] Cass., 24 décembre 1850; D., 51, 1, 31.
[2] Même arrêt.
[3] Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 175-177; cass., 6 janvier 1845; D., 45, 1, 80.

Digitized by Google

pouvait l'être que comme mandat, et il est prouvé que c'est une cession, en supposant bien entendu qu'il est antérieur par sa date au temps pendant lequel le failli ne peut faire des actes valables au préjudice des créanciers [1]. Reste une question subsidiaire : l'endossement auquel on aura ainsi rendu son véritable caractère produira-t-il dans les rapports du cédant et du cessionnaire l'effet d'une cession ordinaire ou celui d'un endossement régulier? le porteur pourra-t-il poursuivre l'endosseur solidairement avec les autres obligés et devant le Tribunal de commerce, lorsqu'il ne sera pas commerçant et que l'acte ne sera pas commercial par lui-même? La Cour de cassation a hésité : elle a reculé devant la conséquence extrême du système et décidé que tous les effets de l'endossement régulier se produiraient : « que, dans ce cas, la présomption cède à la « preuve contraire, et, s'il en résulte que la propriété a été « transférée par l'endossement malgré son irrégularité, cette « propriété demeure acquise au porteur ; que dès lors la ga- « rantie solidaire prononcée par l'article 140 du Code de com- « merce, ainsi que la contrainte par corps, deviennent la con- « séquence légale de la preuve du transfert de la propriété de « la lettre de change [2]. » Je crois qu'il faut aller plus loin : l'endossement pèche par omission, or, le vice d'émission dans la lettre de change la rend nulle comme telle et lui retire les effets qui lui sont propres; il n'y a nulle raison pour qu'il n'en soit pas de même de l'omission dans l'endossement; donc une fois la vérité des faits rétablie, le porteur sera un cessionnaire au lieu d'être un mandataire, mais cela ne fera pas que l'endossement devienne régulier, car il lui manque par hypothèse une condition essentielle. C'est une extrémité rigoureuse mais nécessaire, c'est la conséquence de ce que la loi a subordonné ici encore le fond à la forme et s'est moins préoccupée de l'intention des parties que de la forme extérieure qu'elles lui ont donnée : pour faire un endossement, certaines formalités sont nécessaires ; sans elles vous avez fait une cession, mais vous n'avez pu faire un endossement [3]. Si nous plaçons maintenant le porteur par en-

[1] Cass., 29 décembre 1858 ; D., 59, 1, 25.
[2] Cass., 5 juillet 1843 ; Dev. Car., 54, 1, 51.
[3] Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 183-184, et Demangeat, *ib.*, p. 184, note 1.

Digitized by Google

dossement irrégulier en présence des tiers, du tiré par exemple ou d'un précédent endosseur, la situation sera encore plus simple, car la jurisprudence la plus récente admet avec raison que l'endossement irrégulier n'est jamais à leur égard qu'un endossement irrégulier, quand même le porteur prouverait qu'il en a fourni la valeur : l'intention où ont été les parties de faire un endossement translatif est pour les tiers *res inter alios acta*, et cette convention ne peut leur être opposée, faute d'être revêtue des formes voulues par la loi pour faire l'endossement régulier. Ainsi l'endosseur sera toujours pour eux propriétaire de la lettre de change et le droit acquis qu'ils ont à lui opposer les exceptions nées de sa personne, ils le conserveront à l'égard du porteur par endossement irrégulier, celui-ci ayant, de son côté, le droit de n'être repoussé que par les exceptions nées *ex personâ indossantis* et non par celles qui pourraient naître de son chef, car s'il ne peut échapper au désavantage de sa qualité de mandataire, il est juste qu'il puisse s'en prévaloir s'il y a intérêt. Conformément à ces principes, il a été jugé : « qu'aux termes de l'article 138 du Code de commerce, « l'endossement qui n'est pas conforme aux prescriptions de « l'article 137 n'opère pas transport et n'est qu'une procura- « tion ; que si cette disposition ne peut être opposée par le cé- « dant au porteur en faveur de qui il a endossé la lettre de « change, alors que celui-ci peut prouver le payement qu'il a « fait au cédant des causes de l'endossement, il en est autre- « ment quand le débat s'agite entre un tiers étranger à l'endos « incomplet et le porteur en vertu de cet endos ; que, dans ce « cas, le porteur n'est qu'un mandataire et doit subir toutes les « exceptions opposables à son endosseur[1]. »

L'interprétation qu'ont reçue les articles 137 et 138 est parfaitement fondée en droit, et la jurisprudence s'est avancée aussi loin qu'elle le pouvait en permettant au porteur par endossement régulier de prouver contre son endosseur le caractère translatif de l'endossement. En fait, rien n'est plus contraire à l'intention des parties : l'endossement de procuration est chose assez peu pratique et n'a pas d'intérêt pour la circulation de la lettre de change. Le seul qui joue un rôle vraiment utile, le seul qu'il faille protéger et faciliter, c'est l'endossement

[1] Paris, 18 mars 1858 ; Dev. Car., 58, 2, 428.

Digitized by Google

translatif, et on va contre le but de la lettre de change en refusant de consacrer la volonté des parties et de reconnaître comme propriétaire à l'égard de tous celui qui a dûment payé la valeur de la lettre de change, parce qu'on a mis dans l'acte qui constate ce transport nne mention insignifiante. On dira que les parties n'avaient qu'à lire la loi, qu'elles y auraient vu ce qu'elles devaient faire pour donner à leur volonté la forme voulue pour être sanctionnée; mais le législateur leur tend un piége quand il leur impose un formalisme qu'elle sont portées malgré elles à mettre de côté, faute d'en apercevoir l'utilité. Il va sans dire que l'ordonnance de Francfort n'a pas commis cette erreur : ses rédacteurs sont partis d'un point de vue tout à fait opposé et qui est le seul vrai, c'est que l'endossement est par lui-même translatif de propriété et ne doit valoir comme procuration que si les parties ont déclaré formellement leur volonté qu'il en fût ainsi; aussi le § 17 de l'ordonnance porte-t-il : « L'endossement avec la mention *pour encaisser* ou « *pour procuration* ou toute autre formule exprimant le mandat, « ne transfère pas la propriété de la lettre de change, mais donne « au porteur le droit d'exiger le payement, de protester, d'a- « vertir du non-payement l'endosseur qui le précède, comme « aussi d'agir en justice et de retirer le montant de la lettre de « change de la caisse où il aurait été consigné. Il est égale- « ment fondé à transférer ses pouvoirs à un tiers par un autre « endossement de procuration, mais il ne peut la négocier « par un endossement proprement dit, quand même l'endos- « sement de procuration contiendrait la clause à ordre. »

De tous ces endossements, le plus irrégulier est l'endossement en blanc. Il consiste dans la signature de l'endosseur, mise au dos du titre. Il peut cependant, tout incomplet qu'il est, produire les effets d'un endossement régulier, grâce au droit qu'on a depuis longtemps reconnu à tout porteur de devenir propriétaire de la lettre de change, en remplissant à son profit l'endossement en blanc. Encore ici l'usage a été plus fort que la loi, et la transmission de la lettre de change par endossement en blanc s'est introduite sans que l'ordonnance de 1673 ni le Code de 1807 aient pu l'empêcher : elle a, en effet, un avantage immense et qui saute aux yeux ; elle permet de négcier une lettre de change sans se rendre garant du payement et elle dispense de la clause *sans garantie* qui la rend suspecte

Digitized by Google

et en affaiblit le crédit. Ainsi le tireur endosse au profit de Secundus la lettre de change en blanc, c'est-à-dire en signant de son nom *Primus;* Secundus la transmet de la main à la main à Tertius, qui remplit le blanc à son profit, en écrivant son nom au-dessous de celui de Primus : *Payez à l'ordre de Tertius; signé Primus.* Il ne reste aucune trace de la négociation entre Secundus porteur par endossement en blanc et Tertius, et Secundus est ainsi, sans avoir stipulé la non-garantie, à l'abri de tout recours, quand même Tertius n'obtiendrait ni l'acceptation ni le payement. Toutefois, l'endossement en blanc n'opère transmission de la lettre de change que lorsque le porteur qui veut réclamer l'acceptation ou le payement a régularisé, légitimé, comme on dit en Allemagne, sa situation, en remplissant le blanc à son profit, et pour déterminer les effets de l'endossement en blanc, il faut distinguer suivant qu'il a été ou qu'il n'a pas encore été rempli.

Si le blanc n'a pas encore été rempli, le porteur est dans la situation de tout porteur par endossement irrégulier, c'est-à-dire mandataire, et comme tel il peut réclamer le payement[1] et négocier la lettre de change[2]; mais il est passible des mêmes exceptions qu'on aurait pu opposer à l'endosseur en blanc[3], et le titre peut lui être repris par ce dernier révoquant son mandat, ses héritiers après sa mort, les syndics de sa faillite s'il a cessé ses payements[4], sauf réserve des droits d'un porteur de bonne foi[5]; et enfin s'il a négocié la lettre de change par endossement irrégulier à une tierce personne, celle-ci pourra prouver qu'elle a payé la valeur de la lettre de change, que l'endossement est translatif à son égard et faire cette preuve, non-seulement contre son endosseur, mais aussi contre celui qui avait endossé en blanc à ce dernier, car les mêmes exceptions qu'on peut faire valoir contre le mandataire sont opposables au mandant, lequel est tenu d'exécuter les engagements pris par son mandataire (C. Nap., art. 1998[6]). Reste

[1] Tribunal d'appel de Paris, 23 brumaire an XII; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 234, note 2.

[2] Rej. ch. civ., 17 décembre 1827, Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 732, note 1.

[3] Cass., 25 juillet 1845; D., 45, 1, 345.

[4] Paris, 7 novembre 1840; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 239, note 3.

[5] Cass., 3 avril 1848; D., 48, 1, 82.

[6] Cass., 7 août 1867; D., 67, 1, 327.

Digitized by Google

toutefois au porteur le droit de prouver contre son endosseur qu'il est propriétaire de la lettre de change, parce qu'il en a payé la valeur et que l'endossement a été dans l'intention commune des parties un endossement translatif; mais ce droit, il ne peut l'exercer que contre l'endosseur lui-même ou les syndics de sa faillite, puisque les créanciers en cette matière ne sont pas des tiers [1], et il ne peut l'invoquer contre les tiers, comme le tiré, ou un précédent endosseur qui aurait droit acquis à lui opposer les exceptions *ex personâ indossantis*. La Cour de Bourges a jugé en sens contraire le 26 mai 1863 [2], mais le dernier arrêt de la Cour de cassation consacre cette distinction, d'ailleurs constante en jurisprudence et dont on a démontré l'exactitude à propos de l'endossement irrégulier. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un endossement en blanc. « Attendu qu'il ne suffit pas, pour la transmission de la propriété de ce billet, qu'il ait été endossé irrégulièrement; mais « que cet endossement confère néanmoins au porteur le droit « de poursuivre ce remboursement contre le souscripteur, sauf « à celui-ci à se prévaloir de toutes les exceptions qu'il pourrait invoquer contre l'endosseur duquel le porteur tiendrait ses droits; qu'en le jugeant ainsi dans l'espèce, l'arrêt « attaqué, loin de violer les articles 137 et 138 du Code de « commerce, en a fait, au contraire, une saine application, « puisqu'il constate en fait que le demandeur n'a justifié « d'aucune compensation liquide et exigible contre le bénéficiaire [3]. » Il y a toutefois une exception : si le porteur par endossement en blanc a négocié à son tour la lettre de change par endossement irrégulier, et que le porteur par endossement régulier non payé à l'échéance ait recouru contre lui, le porteur par endossement en blanc ainsi subrogé aux droits du porteur qu'il aura remboursé, pourra se retourner contre un précédent endosseur, sans que celui-ci puisse lui dire : vous êtes porteur par endossement en blanc, donc mandataire de celui qui vous aura fait cet endossement; j'avais une exception contre lui, je vous l'oppose. Le demandeur répliquerait : je n'agis pas contre vous comme porteur par endossement en blanc,

[1] Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 467. V. cep. cass., 15 décembre 1844; *ib.*, p. 233, note 1.

[2] D., 63, 2, 198.

[3] Rej, ch. req., 20 juillet 1864; D., 64, 1, 415.

Digitized by Google

mais comme subrogé aux droits d'un porteur par endossement régulier, auquel vous ne pourriez opposer que des exceptions à lui personnelles; vous ne pouvez m'en opposer d'autres. Et cette prétention a été admise par un arrêt de la chambre civile du 10 mai 1865[1].

Le blanc a été rempli. Le droit pour un porteur quelconque de remplir à son profit l'endossement en blanc et de devenir ainsi propriétaire de la lettre de change, est maintenant incontesté : ce n'est pas qu'il ne puisse donner lieu à des abus, puisqu'on peut ainsi s'approprier un effet qu'on n'avait reçu que comme mandataire et pour en toucher le montant pour le compte d'autrui ; mais déjà, dans l'ancienne jurisprudence, d'Aguesseau, consulté par le procureur général près le parlement de Toulouse, avait répondu : « Les abus dont la crainte a « suspendu la décision du parlement, ne peuvent être mis en « balance avec les avantages qui résultent pour le bien et la « facilité du commerce, de l'usage des billets au porteur et « des endossements en blanc sur les lettres de change. Ainsi, « ces abus sont du nombre de ceux que les lois humaines ne « sauraient prévenir entièrement et qui, pouvant causer quel- « ques inconvénients particuliers, sont compensés par l'utilité « publique[2]. »

Le blanc-seing une fois rempli, la situation du porteur est légitimée, il est propriétaire de la lettre de change comme s'il l'avait reçue par endossement régulier, et non-seulement il peut en recevoir le payement ou la négocier à son tour, mais encore 1° les exceptions *ex personâ indossantis* ne lui sont plus opposables ni par le tiré, ni par le tireur, ni par un précédent endosseur[3], 2° il est tenu, comme tout endosseur, de garantir le payement, l'acceptation, solidairement avec les autres obligés (C. de com., art. 140). Toutefois, ici encore, et bien que l'endossement soit devenu régulier, les articles 137 et 138 ne perdent pas toute application : le porteur peut remplir le blanc-seing, mais c'est comme s'il se négociait à lui-même la lettre de change, puisque de mandataire il devient propriétaire; il ne le pourra donc que dans les mêmes circon-

[1] D., 65, 1, 275.
[2] Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 482.
[3] Orléans, 17 janvier 1843; Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 243, note 2.

Digitized by Google

stances où il pourrait la négocier à un tiers et, par conséquent, la faillite et le décès de l'endosseur révoquent son mandat et l'empêchent de remplir le blanc à son profit[1].

Tel qu'il est, l'endossement en blanc rend déjà d'immenses services : il facilite la circulation de la lettre de change qu'on peut ainsi négocier sans la garantir ; et cela ne fait de tort à personne, car celui qui ne voulait donner qu'une procuration, pourra toujours prouver l'abus de confiance, et quant aux tiers, ils ne doivent compter que sur la garantie de ceux dont ils voient le nom sur la lettre de change. Il active même à tel point la circulation des effets de commerce, qu'il est le point de départ d'une série de transmissions au porteur, puisque, cédée par celui qui l'a reçue par endossement en blanc, la lettre de change peut passer par vingt ou trente mains avant qu'une personne remplisse le blanc-seing et devienne ainsi régulièrement propriétaire. Mais cela ne suffit pas encore : il faudrait se défaire maintenant de tout ce qui tient à l'idée de mandat, et reconnaître que l'endossement en blanc a la même force que l'endossement soi-disant régulier, et que la volonté certaine de transmettre la lettre de change, exprimée par la simple signature de l'endosseur, la transmet effectivement avec la plénitude des droits qui y sont attachés ; jusque-là, on aura compliqué inutilement et non sans peine les rapports formés par l'endossement, et méconnu le principe souverain de la matière, qui est d'aider par tous les moyens possibles à la circulation de la lettre de change.

Ainsi rien n'est plus contraire à l'intention des parties que de refuser au porteur le droit de prouver sa propriété à l'encontre des tiers, quand l'endossement en blanc ne sert que très-exceptionnellement comme procuration, et de rendre l'endosseur qui n'a pas rempli le blanc, passible des exceptions *ex personâ indossantis*, quand cette règle a paru tellement opposée à la nature de la lettre de change, que tout le commerce l'a rejetée d'un consentement unanime, et enfin de considérer le porteur qui remplit le blanc-seing comme exécutant un mandat qui jusque-là peut être révoqué. Aussi l'ordonnance de Francfort dispose-t-elle, §§ 12 et 13 : « L'endossement « est valable quand l'endosseur a écrit son nom ou sa raison

[1] Cass., 6 janvier 1845 ; D., 45, 1, 80.

Digitized by Google

« de commerce au dos de la lettre de change ou de la copie, « ou sur l'allonge; le porteur d'une lettre de change a le droit « de remplir les endossements en blanc qui s'y trouvent et « peut aussi la négocier sans remplir les blancs. » C'est seulement quand on se sera décidé à faire passer ces dispositions dans notre droit et à admettre l'endossement en blanc comme un principe et non plus comme une tolérance, qu'on aura atteint le véritable but du droit de change[1].

[1] Le système français est cependant en vigueur dans presque tous les pays. Ainsi le Code portugais dit expressément que l'endos qui n'est pas conforme aux prescriptions de la loi ne vaut que comme procuration à l'effet de rendre les porteurs aptes à demander le payement ou à faire protester la lettre (art. 357); le Code russe distingue aussi deux espèces d'endossements, l'endossement transmissible dont il énumère les conditions et l'endossement de commission qui n'est qu'un mandat de toucher (art. 310); le Code hongrois contient aussi des dispositions semblables (art. 24-30). Quant à la loi du 16 mai 1805 pour le canton de Zurich, elle dit dans son article 23, ce qui était bien inutile, que les lettres de change endossées en blanc courent aux risques de l'endosseur si elles tombent en mains étrangères (cpr. lois du 14 décembre 1808 pour le canton de Bâle, art. 3, et du 8 juin 1784 pour le canton de Saint-Gall, tit. II, art. 8). Il y a même des lois beaucoup plus sévères ; ainsi le Code espagnol qui, après avoir prescrit dans l'article 468 la forme de l'endossement et posé le principe qu'il n'est qu'une procuration s'il n'énonce la date et la valeur fournie, annule complétement l'endossement en blanc. « Art. 469 : Sera nul l'endossement qui « ne désignera pas positivement la personne à qui la lettre est cédée, ou « qui ne serait pas signé par l'endosseur ou par celui qui le représente lé- « gitimement. — 470 : Il est défendu de signer les endos en blanc et ceux « faits dans cette forme ne donneront aucune action pour réclamer le mon- « tant de la lettre de change qui aura été ainsi cédée ; » et la loi de Suède de 1748 contient une disposition semblable : « S'il arrivait qu'en endossant « la lettre de change on eût fait une faute, comme, par exemple, lorsqu'un « ou plusieurs endossements ont été faits seulement avec mention du nom « et que le preneur ne les a pas remplis; ou bien quand une personne dont « il n'est pas fait mention dans les endossements précédents ou dont le « nom aurait été écrit autrement dans l'endossement qui précède, le tiré « ne sera pas tenu de l'accepter; le dommage sera supporté uniquement par « celui qui est la cause de l'erreur qui vient d'être décrite » (art. 7, § 3). — L'endossement est dispensé de formalité, valable, par conséquent, sans mention de la valeur fournie et même en blanc, 1° en Allemagne, 2° en Hollande (art. 136 et 535) et en Angleterre : « il y a deux espèces d'endosse- « ments, l'endossement en blanc et l'endossement complet (*full or special* « *indorsement*), le premier parfait par la simple remise de la traite à une « personne quelconque, le second par la tradition de la traite au cession- « naire qui y est dénommé. L'endossement en blanc rend la traite payable « désormais au cessionnaire, l'endossement complet le rend de plus obligé

Digitized by Google

V.

Il faudra remanier aussi deux dispositions étrangères au point qui nous a occupés jusqu'ici, les articles 113 et 114 sur la capacité en matière de lettre de change : « La signature des « femmes et des filles non négociantes ou marchandes publi- « ques sur lettres de change ne vaut à cet égard que comme « promesse. Les letttes de change souscrites par les mineurs « sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties, « conformément à l'article 1312 du Code Napoléon. » Les restrictions qu'apportent ces articles aux règles générales sur la capacité des mineurs et des femmes sont inspirées évidemment par la pensée de la contrainte par corps, à laquelle n'étaient pas soumis : 1° les femmes et filles non réputées légalement marchandes publiques; 2° les mineurs non commerçants ou non réputés majeurs pour faits de leur commerce (Loi du 17 avril 1832, art. 2). En effet, de droit commun, le mineur incapable, en général, de s'engager, peut le faire (C. Nap., art. 481) par des actes d'administration, lorsqu'il a été émancipé; or, dans ce cas, il ne peut être obligé par lettre de change. Pour les femmes, l'exception est encore plus frappante, et l'art. 113 plus dérogatoire au droit commun : non-seulement la femme mariée ne pourra s'engager par lettre de change dans les cas même où son régime matrimonial lui permettrait de s'obliger, mais encore, et c'est là surtout ce qui est remarquable, la femme non mariée qui jouit dans les principes du droit français d'une capacité complète, ne pourra, ni comme tireur, ni comme tiré, ni comme endosseur, s'obliger par lettre de change. Du reste, les deux formules des articles 113 et 114, pour être différentes, n'en expriment pas moins la même idée, l'article 113 *ne vaut à leur égard que comme simple promesse*, et l'article 114 *sont nulles à leur égard*, veulent dire tous deux que les engagements d'un mineur ou d'une femme par lettre de change sont réputés simples promesses, c'est-à-dire, suivant les cas, civils ou commerciaux, sauf que la contrainte par corps ne peut s'y appliquer.

« au payement selon le droit de change, s'il veut la négocier à son tour, « mais l'endossement en blanc peut être converti par le porteur en endosse- « ment complet » (Colfavru, *op. cit.*, p. 230-239).

Digitized by Google

Ces dérogations au droit commun ne peuvent évidemment s'expliquer que par la défiance de la contrainte par corps et l'intention où a été le législateur d'empêcher que les mineurs et les femmes ne s'y trouvent soumis sans être commerçants. La loi du 22 juillet 1867 paraît donc devoir entraîner leur abrogation et la consécration d'un principe tout à fait contraire : toute personne capable de s'obliger peut s'obliger par lettre de change. Il en résulterait les conséquences suivantes : 1° le mineur émancipé qui peut s'obliger par ses actes d'administration, peut en effet tirer, endosser ou accepter une lettre de change; 2° la femme mariée peut s'obliger par lettre de change, dans le cas où elle peut s'obliger sans l'autorisation de son mari, c'est-à-dire quand elle est séparée de biens ou pour l'administration de ses biens paraphernaux quand elle est mariée sous le régime dotal; 3° la femme mariée est capable d'une manière absolue de s'obliger par lettre de change.

Nous devons dire cependant que la jurisprudence considère comme justiciables des tribunaux de commerce les lettres de change réduites à l'état de simples promesses par les art. 113 et 114[1], et qu'aux termes de cette jurisprudence il faudrait leur reconnaître, en laissant de côté la contrainte par corps, un caractère commercial. Mais, qu'en résulte-t-il, quant au point qui nous occupe? 1° qu'un mineur émancipé non commerçant ne pourra pas s'engager par lettre de change, parce que c'est un acte de commerce et que le mineur émancipé ne peut, sans les conditions voulues pour être commerçant de profession, faire même un acte de commerce isolé (C. de comm., art. 3); 2° que la femme mariée ne pourra s'obliger par lettre de change dans les cas même où elle peut agir sans l'autorisation maritale, parce qu'elle ne peut, sans cette autorisation, ou à défaut celle de justice, faire même un acte de commerce isolé. Mais il n'en résulte aucune conséquence pour la femme non mariée, parfaitement capable de faire un acte de commerce et à laquelle il ne peut être défendu de s'engager par lettre de change qu'à raison de la contrainte par corps. D'autre part, il serait déraisonnable, après que celle-ci a été

[1] Cass., 30 janvier 1849; D., 49, 1, 58; Montpellier, 28 août 1852; D., 52, 2, 405. V. cep. Toulouse, 9 août 1860; D., 61, *table*, v° *Compétence commerciale*, n° 5.

Digitized by Google

supprimée, de maintenir une différence entre la capacité de s'obliger civilement et la capacité de s'obliger commercialement; rien ne justifierait une semblable distinction fondée sur une simple raison de compétence, et la juridiction des tribunaux de commerce n'a rien évidemment dont on puisse s'effrayer. Enfin cette jurisprudence nous paraît erronée : suivant que la simple promesse est une obligation contractée pour cause civile ou pour cause commerciale, c'est le tribunal de commerce qui est compétent, et il n'y a pas de motifs pour que cette distinction, qui ne fait aucun doute dans le cas de l'article 112, soit rejetée dans le cas des articles 113 et 114. Le seul argument plausible qu'on fasse prévaloir en ce sens, est l'article 636 du Code de commerce, qui, disposant que le tribunal de commerce devra se dessaisir lorsque des lettres de change ne seront que de simples promesses, ne renvoie pour l'application qu'à l'article 112; mais ce raisonnement est encore inexact, car 1° la raison de distinguer n'apparaît pas, 2° il y a, au contraire, un *à fortiori* pour qu'il en soit de même dans les cas des articles 113 et 114 : « Pourquoi cet article 636 « s'est-il contenté de parler des simples promesses *dans le « cas de l'article* 113? Parce que les lettres souscrites par per- « sonnes capables et revêtues des formes extérieures sont « empreintes d'un caractère apparent de validité qu'il faut « leur enlever par une exclusion catégorique. Pourquoi l'ar- « ticle 636 ne s'est-il pas occupé des simples promesses aux « termes de l'article 113? Parce que ces lettres, émanant de « personnes incapables de créer un titre commercial, rentrent « de plein droit par la force même de l'incapacité dans la « forme des engagements civils [1]. » Ainsi la contrainte par corps supprimée, il n'y a plus de raison pour que les femmes et les mineurs ne puissent pas s'obliger par lettres de change dans les termes du droit commun [2].

EUGÈNE GARSONNET.

(*La suite à une autre livraison.*)

[1] Nouguier, *op. cit.*, t. II, n° 833. Cpr. Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, t. III, p. 130, note 3.

[2] On aperçoit clairement dans la loi allemande le lien qui rattache à la contrainte par corps les incapacités spéciales de s'obliger par lettre de change. Le § 1er déclare capables de s'obliger ainsi tous ceux qui sont capables de contracter et le § 2 dit que, par exception, la contrainte par corps

Digitized by Google

RECHERCHE SUR L'ORIGINE DE LA RÈGLE :

Donner et retenir ne vaut.

Par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

I.

1. Le Code Napoléon définit la donation entre-vifs « un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. »(Art. 894.) Toutes les clauses qui porteraient atteinte à l'irrévocabilité, en réservant pour le donateur la faculté de détruire ou de restreindre son bienfait, sont prohibées; les donations, où elles seraient insérées, seraient nulles, ou pour le tout, ou pour partie, dans la mesure où elles seraient révocables.

Dans les cas prévus aux articles 943-946 et 948, le donateur reste maître de sa libéralité, pour le tout ou pour partie, soit en fait, soit en droit; il la peut révoquer; or un acte révocable ne saurait être une donation d'après le Code : « L'irrévocabilité, sans laquelle il n'y a pas de donation....., » disait Jaubert[1].

2. Le principe posé par l'article 894, appliqué à diverses hypothèses par les articles 943 et suivants, est emprunté à l'ancien droit : « De là, disait Bigot-Préameneu, que *c'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée.* »

Les rédacteurs du Code ont reproduit une règle coutumière,

ne sera pas prononcée contre la femme à moins qu'elle n'exerce un commerce ou une industrie. On voit par là que dans la pensée du législateur la capacité est la même que pour toute autre obligation, et que la seule exception au droit commun consiste en ce que la femme commerçante ne sera pas contraignable par corps; M. Brauer l'explique clairement dans son commentaire de ces articles (*op. cit.*, p. 24, 28-29). En Autriche la contrainte par corps est prononcée même contre la femme non commerçante obligée par lettre de change (Brauer, *op. cit.*, p. 27, en note).

[1] Rapport au Tribunat.

[2] Exposé des motifs de la loi relative aux donations entre-vifs et aux testaments.

Digitized by Google

mais, selon leur habitude, sans reproduire les termes dans lesquels elle était conçue.

Nous nous proposons de rechercher comment et pourquoi cette règle s'était introduite et maintenue dans notre ancien droit.

3. Dans notre ancien droit la maxime *donner et retenir ne vaut* avait une double application, disons mieux, une double signification. L'une et l'autre étaient réunies dans l'article 274 de la coutume de Paris : « C'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou *qu'il demeure en possession jusques au jour de son décès.* » Ainsi, d'après la coutume de Paris, et nous pouvons ajouter d'après le droit commun du royaume, pour qu'une donation fût valable, il fallait, comme aujourd'hui, que le donateur ne gardât nul moyen de reprendre ou de restreindre sa libéralité; il fallait, de plus, qu'il l'eût mise à exécution avant sa mort, qu'il eût transmis au donataire la possession de la chose donnée.

Comme la coutume de Paris, les coutumes d'Auvergne (ch. XIV, art. 18-23), d'Orléans (art. 283), d'Auxerre (art. 217), de Sens (art. 108 et 115), de Melun (art. 230 et 231), de Nivernois (ch. XXVII, art. 1-3), de Normandie (art. 444-446), de Sedan (art. 108 et suivants) mettaient les deux conditions de validité sur la même ligne et les rattachaient au même principe.

Il faut observer toutefois que, dans la première rédaction, les coutumes de Paris (art. 160 et 161), de Sens (art. 95 et 101), d'Auxerre (art. 108), d'Orléans (art. 222) ne parlaient pas des clauses qui permettaient au donateur de revenir sur la donation. L'ancienne coutume de Melun ne contenait pas le principe.

4. La seconde condition, qui n'existe plus dans notre droit, était la seule que la plupart des coutumes eussent expressément indiquée. Citons dans le nombre les coutumes de Péronne, Montdidier et Roye (art. 109), de Chauny (art. 57), de Senlis (art. 211), de Berry (tit. VII, art. 1-4). Quelques-unes, comme les coutumes de Mantes (art. 150), d'Étampes (art. 146), de Dourdan (art. 73), etc., après avoir posé le principe, déclaraient qu'il suffisait d'une rétention d'usufruit dans l'acte de donation, c'est-à-dire d'une tradition feinte, pour y satisfaire.

Digitized by Google

C'était bien montrer que le principe avait pour objet de rendre la tradition nécessaire. Du reste, ce que les coutumes ne disaient pas sur les conditions potestatives de la part du donateur, les commentateurs se chargeaient de l'ajouter. Claude le Caron s'exprimait ainsi sur la coutume de Péronne : « Si le donateur réserve la faculté de pouvoir vendre en cas de nécessité, *et si tradita fuerit possessio*, la donation ne vaut[1]. « Les jurisconsultes qui ont écrit sur la coutume de Berry en ont interprété de même les dispositions[2]. La pratique rétablissait l'uniformité qui n'était pas dans les textes.

Une pareille extension avait eu lieu en sens inverse dans la coutume de Bourbonnais. L'article 212 énonçait la maxime et en tirait cette seule conséquence que le donateur ne pouvait retenir la disposition de la chose. L'article 213 déclarait la donation valable sans appréhension réelle et actuelle, et permettait au donataire d'agir contre les héritiers du donateur : « Il faut au moins une tradition feinte ou par équipollence, » dit Auroux des Pommiers, s'appuyant sur l'autorité d'un commentateur plus ancien[3].

5. Les deux conditions diffèrent essentiellement entre elles. Au moment même où se fait la donation, à la seule vue de l'acte, on sait si le donateur a satisfait à la première, en se dépouillant sans retour. Quant à la seconde, on peut être forcé d'en attendre l'accomplissement jusqu'à la mort : « Ou qu'il demeure en possession jusques au jour de son décès, » dit la coutume de Paris. Il est possible que l'acte se complète seulement *ex post facto*; c'est longtemps après le moment où il aura été fait qu'il sera déclaré valable ou nul. Nos anciens jurisconsultes avaient compris ce qu'il y avait de choquant dans cette longue suspension de validité. D'Argentré expliquait ainsi la seconde condition : « Est enim retentio, præsertim diuturna, testis non tam pœnitentiæ post actum quam simulati actus ipsius, veluti initio aliud actum sit[4]; »

[1] Sur l'article 109, n° 8. Cf. La Villette, sur le même article.

[2] Ragueau, *les Coutumes générales des pays et duché de Berry*, sur le titre VII, art. 1.— Thaumas de la Thaumassière, *Nouveaux commentaires sur les coutumes générales du pays et duché de Berry*, sur le même article.

[3] Sur l'article 213, n° 1.

[4] Sur l'article 226 (ou plutôt 228) de la coutnme de Bretagne.

Digitized by Google

et Charondas le Caron, d'un ton moins ferme : « La raison d'icelui (art. 273, coutume de Paris) et du 274 est que celui qui a donné, s'il se réserve la jouissance de la chose donnée ou demeure en possession d'icelle jusques à son décès, est réputé se repentir de la donation et la révoquer, ou (*ce qui est plus probable*) n'avoir fait icelle que par simulation, comme si du commencement autre eût été son intention[1]. »

Ricard a voulu rapprocher par une communauté d'expressions les deux conditions différentes qui se trouvaient réunies dans le même adage. Il a dit que les coutumes exigeaient deux traditions, l'une de fait, l'autre de droit. La tradition de fait est celle qui est ordinairement désignée par le nom simple de tradition, celle qui consiste dans la remise d'une chose par une personne à une autre. La tradition de droit consiste dans le dépouillement irrévocable du donateur[2].

Les expressions de Ricard ont fait fortune au XIXe siècle et la plupart des auteurs contemporains les représentent comme ayant été généralement employées dans l'ancien droit. Cependant ni Ferrière ni Pothier n'en ont fait usage. Bourjon distinguait bien une tradition de fait et une tradition de droit, mais, pour lui, la première était la tradition réelle et la seconde la tradition feinte[3]. Aussi Merlin ne conserve-t-il la distinction de Ricard que parce qu'il la trouve admise dans l'usage, et après avoir dit : « On ne voit pas trop sur quoi cette distinction est fondée. Tous les jurisconsultes romains définissent la tradition *datio possessionis*, et n'en reconnaissent par conséquent qu'une seule espèce, celle que Ricard appelle *tradition de fait*[4]. »

6. Dans le dernier état du droit, la donation est parfaite par le seul consentement des parties; elle oblige le donateur et permet au donataire d'intenter une action en justice pour se faire délivrer la chose donnée. Le jugement de condamnation qu'il obtient lui tient lieu de la tradition sans laquelle la donation serait dénuée d'effet.

[1] Sur la coutume de Paris, articles 272-275.

[2] *Traité des donations*, 1re partie, ch. IV, sect. II, n°s 900 et 901.

[3] *Droit commun de la France*, t. II, liv. V, tit. IV, part. IV, ch. III, sect. I, n° 1.

[4] *Répertoire*, v° *Donation*, sect. V, § 1.

Digitized by Google

Cet état du droit est constaté, aux XVIIe et XVIIIe siècles par Ricard [1], Ferrière [2], Laurière [3], Pothier [4].

L'ordonnance de 1731 s'y conforme : « L'article 5, dit Merlin [5], porte que les donations entre-vifs ne pourront *engager le donateur* que du jour où elles auront été acceptées par le donataire. Par là le législateur suppose bien clairement que le donateur peut s'obliger à l'accomplissement de la donation, à la délivrance de la chose donnée. »

Le même auteur nous dit que d'après les coutumes de la Flandre flamande, la tradition actuelle, immédiate, était nécessaire pour la validité même de la donation, que celle-ci n'avait pas de force obligatoire par elle-même. Il cite en témoignage un commentateur de la coutume de Gand et des observations du parlement de Douai : « Nous ne connaissons, ajoute-t-il [6], aucune autre coutume qui ait adopté dans ce sens la maxime *donner et retenir ne vaut....* »

L'effet obligatoire de la donation n'avait été ni aussi généralement ni aussi facilement admis dans notre droit coutumier que le suppose Merlin.

Pothier, qui le reconnaît sans hésiter dans son commentaire sur la coutume d'Orléans, s'exprime ainsi dans son *Traité des donations entre-vifs :* « Cela souffre difficulté en notre coutume, qui dit, en termes très-généraux, que, pour que la donation soit valable, il faut que dès le temps du don le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Lalande, sur l'article 283, dit formellement qu'à défaut de clause de tradition feinte, le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que, par notre coutume, conforme en cela à l'ancien droit romain, la simple paction de donner n'est point obligatoire [7]. » Pothier rapporte ensuite

[1] *Loc. cit.*, n°s 897 et 945.

[2] *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, édit. 1685, tit. XIII, *introd.*, n° 11, et sur l'article 273, n°s 1, 4, 22 et 28.

[3] *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, sur l'article 273.

[4] *Introduction au titre XV de la coutume d'Orléans*, n° 25.

[5] *Loc. cit.*, art. 3.

[6] *Loc. cit.*, art. 2.

[7] Sect. II, art. II, § 1.

Digitized by Google

les arguments de ceux qui accordent expressément l'action au donataire, même dans la coutume d'Orléans, sans approuver expressément cette opinion, qu'il s'approprie ailleurs en parlant du droit commun.

Ricard lui-même semble avoir eu quelque doute. Après avoir cité l'article 64 de la coutume de Châlons, qui accordait expressément l'action au donataire, il ajoute : « *Je crois* que cet article doit avoir lieu dans les autres coutumes, qui ne contiennent rien de contraire, en ce qu'il porte que le donataire peut agir par action personnelle, à l'encontre du donateur vivant, afin d'avoir délivrance de la chose par lui donnée [1]. » L'opinion de l'auteur devient une affirmation dans une note de l'éditeur [2].

Quant à Laurière, il déclare qu'un changement s'était produit dans notre droit coutumier : « Comme dans l'ancien droit romain, disait-il [3], il n'y avait pas (à l'origine) de donation sans tradition actuelle, la donation n'était alors qu'une libéralité et non un contrat, parce que, quand elle était acceptée, tout étant consommé sur-le-champ et à l'heure même, il n'en résultait aucune obligation civile, ni par conséquent aucune action. »

D'après ce texte, les auteurs assez nombreux qui refusent à la donation la force d'obliger le donateur défendent un ancien principe de notre droit coutumier. Leur nombre ne permet pas de croire à une erreur de leur part; leur ton affirmatif montre qu'ils ne pensent pas exprimer une opinion contestable sur une question controversée.

Ce n'est pas seulement de la coutume d'Orléans que parle l'auteur cité par Pothier, Delalande : « *En France*, dit-il [4], nous suivons l'ancienne jurisprudence civile, car il est nécessaire que le donateur déclare par l'acte de donation qu'il se dessaisit de la chose donnée et en transporte la possession et seigneurie au donataire : autrement celui à qui le don a été conféré *ne peut agir personnellement contre le donateur*, pour le faire condamner à la délivrance des meubles ou immeubles qu'il a promis de donner par pure libéralité. »

[1] *Loc. cit.*, n° 897.
[2] Après le n° 902.
[3] *Loc. cit.*, *introd.* au titre XIII.
[4] Sur l'article 283 de la coutume d'Orléans, n° 2.

Digitized by Google

Delalande écrivait à la fin du XVIIe siècle. Un commentateur de la coutume de Berry, qui appartient au commencement, Ragueau, disait en termes aussi nets et aussi généraux : « *His moribus nostris* le donataire ne pourra agir par action personnelle à l'encontre du donateur vivant, afin d'avoir délivrance de la chose par lui donnée, encores que le donateur soit en son entier, et ait le pouvoir de ce faire : toutefois est contraire la coutume de Châlons, article 64, et de Reims, article 230[1]. » Au milieu du siècle, Buridan, qui commentait la coutume de Reims, accordait l'action au donataire, mais seulement si le donataire avait gardé la chose en sa puissance[2].

Au XVIe siècle, Denys du Pont consacrait plusieurs pages à démontrer que le droit romain, dans son dernier état, avait rendu la donation obligatoire par elle-même, et il ajoutait que la coutume de Blois, que l'usage général du royaume avaient établi une règle différente, refusant au donataire tout moyen d'obtenir une chose dont il n'avait pas reçu la possession corporelle ou civile : « Hoc jure municipali, disait-il plus loin, nulla actio, nulla condictio, nullum denique remedium donatario in donantem ad traditionem possessionis competit[3]. »

Faut-il croire que Dumoulin exprime la même idée dans le passage suivant : « *Ne vault* : scilicet ad transferendum dominium : interim, cui datur, *nihil facit*, sed quando in actu perseveratur ad dandum, ut donum valeat[4] ? »

Il est certain que d'Argentré la combat; il recommande au donataire d'employer la *condictio* imaginée par Justinien pour se faire délivrer la chose[5].

Plusieurs siècles avant ces auteurs, au moment même où le droit coutumier commençait à se former, Beaumanoir avait dit : « Ce ne peut-on faire (la révocation) des dons que on donne ou *promet* hors du testament, car il les convient *rem-*

[1] *Loc. cit.*

[2] Sur l'article 230, n° 2. Sinon, « il (le donataire) n'a plus de droit pour le contraindre à lui en faire la délivrance. ».

[3] Dionysii Pontoni *in consuetudines Blesenses*, tit. XII, art. 169. — Cf. Imbert, *Enchiridion*, v° *Donner et retenir ne vaut*, la note.

[4] Sur la coutume de Paris, art. 160.

[5] *Loc. cit.*

Digitized by Google

plir[1]. » N'avait-il pas établi d'avance la règle qui fut contredite au XVIe siècle, sans être complètement abandonnée, puisque d'Argentré la défendit, qui, contestée encore au XVIIe siècle, finit par l'emporter et parut au XVIIIe siècle n'avoir jamais souffert de résistance? N'était-ce pas l'antique et véritable règle du droit coutumier?

Nous n'oserions pas affirmer le contraire, tout en observant que Beaumanoir pouvait dépasser ses contemporains, peut-être même devancer les progrès des âges suivants, quand il cherchait à faire respecter les conventions. Mais si notre plus ancien droit avait accordé l'action, ne sommes-nous pas forcé de reconnaître qu'un droit plus récent l'avait refusée, au moins dans beaucoup de pays? Ce fut l'empire des lois romaines qui la fit admettre de nouveau. D'Argentré offre au donataire la *condictio* de Justinien. Le Caron renvoie au Code et aux Institutes[2]. La plupart des auteurs qui viennent après eux suivent leur exemple.

A vrai dire, on ne comprend guère pourquoi l'action est donnée contre le donateur, puisqu'elle est refusée contre ses héritiers. La maxime *donner et retenir ne vaut*, en tant qu'elle rend nulle la donation qui n'a pas été suivie de tradition pendant la vie du donateur, ne peut s'expliquer que de deux manières : ou le donateur a révoqué implicitement sa libéralité en ne livrant pas la chose donnée, ou il a fait, dès l'origine, un acte qui n'était pas sérieux. C'est à cette dernière explication que s'arrêtent d'Argentré et le Caron. Mais si le donateur a la pouvoir de révoquer en refusant de livrer, comment peut-il être contraint à cette livraison? et s'il a fait un acte qui n'était pas sérieux, pourquoi en tirer une obligation? Un acte sérieux, obligatoire jusqu'à la mort d'une partie, devient-il *ex post facto* simulé au moment et par l'effet même de cette mort? N'y a-t-il pas une contradiction choquante entre ces deux règles, celle qui donne l'action contre le donateur, celle qui la refuse contre les héritiers? Cette contradiction ne prouve-t-elle pas que l'une des deux règles a dû être admise après l'autre?

On peut répondre que la preuve de la simulation résulte

[1] *Les Coutumes du Beauvoisis*, ch. XII, n° 39.
[2] Sur la coutume de Paris, art. 272-275.

Digitized by Google

précisément du silence gardé par le donataire. Il est certain qu'il a pu agir; il est certain qu'il n'a pas agi; pourquoi, si ce n'est parce qu'il a respecté une secrète convention, parce qu'il s'est reconnu sans droit? Ce raisonnement serait plus spécieux que juste. En effet, le silence du donataire peut s'expliquer tout autrement et d'une manière beaucoup plus vraisemblable que par l'aveu tacite d'une simulation. Il peut avoir pour causes le respect et la reconnaissance. Le bon sens dit que la simulation ne se présume pas facilement.

La rédaction même de la maxime fournirait peut-être une objection : *donner et retenir ne vaut.* N'est-ce pas le langage que tient le donataire à qui le donateur refuse la délivrance de la chose promise? N'est-ce pas lui qui le premier a dû protester contre la prétention de garder une chose après l'avoir donnée? C'est au XIIIe siècle que la maxime apparaît ainsi rédigée, c'est au XIIIe siècle que Beaumanoir astreint le donateur à tenir sa promesse. Mais Beaumanoir ne tire pas argument de la maxime, il ne la cite même pas. C'est dans l'ancienne coutume de Champagne que nous la trouvons[1] : elle n'y sert qu'à constater la nécessité du dessaisissement de la part du donateur; c'est la nouvelle manière d'exprimer l'idée que les *assises de Jérusalem* avaient rendue ainsi : *Don ne vaut sans la saisine de la chose*[2].

7. S'il est vrai que, à défaut de tradition, la donation n'ait pas eu pendant longtemps la force d'obliger le donateur, nous reconnaîtrons, non plus une différence, mais une contradiction formelle entre les deux applications de la maxime *donner et retenir ne vaut.* L'une tend à rendre la donation entièrement irrévocable; par l'effet de l'autre, cette même donation, dépourvue de toute force, est laissée en la main du donateur, qui peut à son gré la rendre efficace ou inutile, selon qu'il accorde ou refuse la tradition.

8. En quoi consistait la tradition exigée?

« Les coutumes, dit Pothier[3], sont différentes sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une solennelle sous différents noms. D'autres demandent une tradition réelle

[1] V. *infra*, n° 10.
[2] *Ibid.*
[3] *Traité des donations entre-vifs*, sect, II, art. II, § 1.

Digitized by Google

et ne reconnaissent point pour valables les donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte telle que celle qu'on induit de la rétention d'usufruit. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, les donations sont valables, soit que la tradition ait été réelle, soit qu'elle ait été seulement feinte. »

Dans la première classe étaient les coutumes de Chaumont-en-Bassigny (art. 76), de Vitry-le-François (art. 111), de Reims (art. 231), de Laon (art. 53 et 54), de Sedan (art. 109). Toutes ces coutumes demandaient au reste une tradition réelle ou feinte, outre l'ensaisinement. La seconde classe comprenait la coutume de Senlis (art. 212), de Gerberoy (art. 88), de Clermont-en-Beauvoisis (art. 127), de Valois (art. 130). Celles-ci se rattachaient à celles-là, en ce qu'elles exigeaient l'appréhension réelle, à défaut de l'ensaisinement et comme le remplaçant. Aussi donnait-on même aux secondes le nom de *coutumes de saisine et de nantissement* [1]. Les unes et les autres étaient exceptionnelles. Ricard signale les coutumes de Chaumont et de Vitry comme contenant des singularités, celle de Senlis et « quelques autres » comme exigeant ce que n'exige pas le droit commun du royaume [2].

Les coutumes de la troisième classe étaient en effet les plus nombreuses. L'article 275 de la coutume de Paris était ainsi conçu : « Ce n'est donner et retenir, quand l'on donne la propriété d'aucun héritage retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitut ou précaire; et vaut telle donation. » La même disposition se rencontrait dans les coutumes d'Étampes (art. 146), de Dourdan (art. 93), de Montfort-l'Amaury (art. 153), d'Orléans (art. 284), de Normandie (art. 446), etc. D'autres la reproduisaient en partie; elles ne parlaient que de la rétention d'usufruit, par exemple celles de Bourbonnais (art. 214), de Blois (art. 169), de Troyes (art. 137), de Melun (art. 231), etc.

La tradition feinte était admise par le droit commun des pays coutumiers [3]. Dans les coutumes qui s'expliquaient seulement sur la rétention d'usufruit, le constitut et le précaire produi-

[1] Ferrière, sur l'article 275, n° 7.
[2] *Loc. cit.*, n° 913 et 914.
[3] Ricard, *loc. cit.*, n°s 903 et 917. — Ferrière, sur l'article 275, n° 7.

Digitized by Google

saient le même effet[1]. Il y avait en outre bien d'autres manières d'opérer la tradition feinte. La coutume de Reims (art. 229) ne citait la rétention d'usufruit, le constitut et le précaire, la coutume de Châlons (art. 64) la rétention d'usufruit et le précaire, qu'à titre d'exemples. C'était une question si, dans la coutume de Paris et dans celles qui contenaient des dispositions pareilles aux siennes, l'énumération des modes de tradition feinte était limitative ou énonciative. Ricard, après l'avoir examinée, décidait qu'il fallait accepter tous les modes indiqués par le droit romain, en se fondant sur ce que les coutumes avaient voulu dispenser les parties de la tradition réelle et reproduire une disposition romaine[2]. Il suffisait que le donateur retînt l'héritage donné à titre de ferme ou de loyer[3], qu'il remît les clefs au donataire, que celui-ci se mît en possession de la chose au su et au vu du donateur, qu'il reçût les titres de propriété[4]; mais malgré l'autorité de la loi 1, C., *De don.*, la remise de l'instrument de la donation n'équivalait point à délivrance[5].

La clause de dessaisine-saisine était généralement considérée comme insuffisante. Il faut dire qu'elle était d'origine coutumière et non romaine. Ragueau, qui avait commencé par l'admettre[6], s'était bien vite rétracté. « La simple saisine et dessaisine faite en présence de notaire et témoins ne suffit pour tradition de fait et prise de possession, *comme elle vaut en autres matières*[7], » et la Thaumassière : « Quoique, dans les contrats de vente et aliénation, saisine et dessaisine faite en présence de notaire, équipolle à tradition de fait, et à prise de possession de la chose aliénée, néanmoins en matière de donation entre-vifs, la tradition réelle ou la feinte par rétention d'usufruit, par constitut ou précaire, est absolument requise à cause de la règle *donner et retenir ne vaut*[8]. »

[1] Auroux des Pommiers, sur la coutume du Bourbonnais, art. 213, n° 1.

[2] *Loc. cit.*, n°s 940 et 942.

[3] Ferrière, sur l'article 275, n° 30. — Pothier, *loc. cit.*, fait rentrer ce cas dans celui où il y a constitut possessoire.

[4] Buridan, sur l'article 229 de la coutume de Reims, n° 15.

[5] *Id.*, — Ferrière, *loc. cit.*, n° 5.

[6] Sur le titre VII, art. 1.

[7] Sur l'article 3.

[8] *Les anciennes et nouvelles coutumes locales de Berry et celles de Lorris*, sur le ch. XI, art. 5, de la coutume de Lorris.

Digitized by Google

Ces passages sont remarquables; ils montrent pourquoi et dans quelle mesure la tradition est ici exigée. La clause de dessaisine-saisine ne produisait la tradition feinte que dans la coutume d'Orléans, qui l'admettait expressément par son article 278; encore fallait-il que la réalité n'eût pas contredit la fiction et que le donateur eût du moins cessé de posséder [1].

Aux deux restrictions que nous venons de voir, il en faut ajouter une autre, inspirée par le même esprit, bien qu'elle soit d'une autre nature: « Quoique les traditions feintes et civiles, dit Delalande [2], soient réputées suffisantes pour parfaire la donation, cela se doit entendre pourvu qu'elles se fassent de bonne foi; autrement, s'il y a des apparences et fortes présomptions de fraude, la donation court fortune d'être cassée quand la traditon réelle n'est pas intervenue. »

L'opinion de Delalande n'était pas isolée. Godefroy disait, en commentant la coutume de Normandie: « Au fait contentieux je fais doute de prendre toutes les traditions feintes pour vérités, si nonobstant icelles, le donateur est trouvé possesseur lors de son décès, parce que la disposition de notre coutume est expresse en ce regard (sur l'art. 444). »

Enfin l'application de la tradition feinte aux meubles offrait un danger tout particulier; aussi avait-elle été contestée, sous ce prétexte que les meubles n'ont pas de suite. Ferrière l'admettait cependant, mais il exigeait un inventaire fait en même temps que l'acte de donation [3]. Ricard s'en tenait au texte des coutumes, ne distinguant pas, puisque celles-ci n'avaient pas distingué [4]. Il semble qu'il devait se soumettre, quand elles exigeaient expressément une tradition effective des biens meubles, comme la coutume de Sedan (art. 113), quand elles s'expliquaient sur la tradition feinte à propos des seuls immeubles, comme les coutumes d'Étampes (art. 146) et de Montfort-l'Amaury (art. 153). De même que Ferrière et avant lui, Ricard avait exigé l'inventaire. On sait que leur opinion fut consacrée par l'article 15 de l'ordonnance de 1731.

Ainsi la tolérance des coutumes avait été étendue aux cas

[1] Pothier, sur cet article.
[2] Sur l'article 284 de la coutume d'Orléans, n° 8.
[3] *Loc. cit.*, n°s 8-10.
[4] *Loc. cit.*, n°s 958 et suiv.

Digitized by Google

et aux modes dont celles-ci ne faisaient pas une mention expresse. L'usage ou les jurisconsultes n'avaient établi ou proposé que les exceptions indispensables pour empêcher les fraudes.

A l'inverse, les coutumes qui excluaient expressément un mode de tradition feinte étaient censées les exclure tous. Voilà pourquoi, dans la coutume de Senlis, qui ne rejetait que la tradition d'usufruit, toute tradition feinte était proscrite[1].

9. *A priori*, on peut douter que la tradition feinte ait été admise en même temps que la tradition réelle. C'est toujours la réalité qui commence; la fiction vient comme un adoucissement, comme un moyen d'éluder une nécessité de droit, quand celle-ci ne répond plus à un besoin de la pratique.

Nos anciens auteurs reconnaissent en effet que le droit s'était modifié : « Dans l'ancienne jurisprudence, dit Ferrière[2], la véritable tradition était nécessaire pour l'acquisition de la propriété de la chose donnée, mais depuis on inventa les traditions feintes. » Ricard avait indiqué aussi le changement opéré dans les coutumes, quand elles avaient admis « la rétention d'usufruit et le constitut ou précaire, introduits par le droit romain pour traditions par voie feinte et pour équipoller à la tradition par voie réelle, à l'effet de donner l'accomplissement à la donation[3]. »

Il est vraisemblable que la tradition feinte vient du droit romain. Quelques coutumes le disent expressément, celles de Bourges (rub. IX, art. 2), d'Etampes (art. 146), de Dourdan (art. 93). Or ce n'est pas à l'origine du droit coutumier que s'est fait sentir l'influence romaine; il est possible qu'on ait eu de tout temps l'idée plus ou moins précise de la tradition feinte, mais la doctrine ne s'en est formée, les applications de détail n'en ont été imaginées que d'après les commentateurs du droit romain.

Ainsi s'expliquent et la résistance obstinément opposée par certaines coutumes à la tradition feinte, et les restrictions qu'elle a dû subir là même où elle s'est fait admettre. Les modes les plus généralement consacrés ont commencé par

[1] Ricard, *ib.*, n° 944.
[2] Sur l'article, 273 n° 11.
[3] *Loc. cit.*, n° 915.

Digitized by Google

inspirer de la répugnance. Denys du Pont n'admettait pas que le constitut, établi pour la vie du donateur, produisît une tradition feinte comme la rétention d'usufruit : d'après lui, le donateur ne pouvait valablement attendre, pour se dépouiller de la possession, le moment où il ne l'aurait plus, puisqu'il serait mort[1]. Godefroy exprimait plus tard la même opinion sous forme de doute[2].

Cependant les coutumes de Champagne, rédigées en 1224, ne déclarent nulle la donation qui n'est pas suivie de tradition que si le donateur ne « paie loyer ni nulle redevance à celui à qui aura fait le don[3]. » Elles semblent admettre la tradition feinte qui consiste, de la part du donateur, à posséder comme fermier du donataire. Il est vrai qu'elles exigent, au préalable, un investissement par justice. L'intention du donateur est suffisamment manifestée, disons plus, réalisée, par la réunion de ces deux circonstances. L'investissement fait disparaître la clandestinité que produirait la tradition feinte, si elle était seule.

Dès les premiers temps de notre histoire, il arrivait assez souvent que ceux qui faisaient des libéralités aux églises ou aux monastères se réservassent l'usufruit des choses données. Dans une des formules de Marculf[4], le roi constate qu'un de ses fidèles a retenu l'usufruit d'un bien, en investissant le donataire de la propriété. D'autres formules nous montrent les donateurs faisant tradition par l'acte même, gardant le droit de jouir jusqu'à leur mort, et ordonnant qu'après eux les donataires pourront se mettre en possession des choses données, « absque ullius judicis aut heredum nostrorum exspectata traditione[5]. » L'usage était que les donateurs reçussent les biens à précaire pour leur vie, moyennant un cens modique : nous devons à cet usage un grand nombre de chartes appelées *precariæ*, où est reconnu le droit de l'église propriétaire. Elles portent, en général, que l'église n'aura besoin de demander la tradition ni au juge ni aux héritiers, quand le

[1] Sur la coutume de Blois, *loc. cit.*
[2] Sur la coutume de Normandie, art. 445.
[3] Art. 44.
[4] Lib. I, c. 13. Canciani, t. I, p. 198.
[5] Lib. II, c. 3, p. 323.

Digitized by Google

concessionnaire sera mort. Mais de ce que le propriétaire reprend sa chose au terme de la concession, sans rien demander à personne, s'ensuit-il que dès l'origine la tradition réelle ne soit point nécessaire pour opérer la mutation de propriété? Nous n'en sommes pas certain. La première formule que nous rapportions à l'instant nous apprend que le donataire avait été investi *per festucam ;* aucune réserve ne devait dispenser de l'investissement. Dans un autre recueil, nous rencontrons une tradition faite par le donateur, et suivie d'une *repræstatio* que fait à son tour le donataire pour constituer le précaire [1]. Ajoutons que les *precariæ* représentent souvent la donation comme ayant été faite antérieurement.

Quoi qu'il en soit, le droit coutumier était depuis longtemps habitué aux réserves d'usufruit dans les donations, et par là même disposé à en étendre les effets juridiques, s'il était nécessaire. Ce qui est assez moderne, ce qu'il faut attribuer aux commentateurs et aux imitateurs du droit romain, c'est l'idée d'opposer, en général, une tradition feinte à la tradition réelle, de faire rentrer sous la première dénomination la rétention d'usufruit, les clauses de constitut, de précaire, etc. Nos anciens auteurs ne se sont pas trompés quand ils ont reconnu qu'une condition de validité, sérieuse à l'origine, était devenue illusoire.

10. La maxime *donner et retenir ne vaut* sert à exprimer deux règles distinctes. L'une est-elle plus ancienne que l'autre?

Il est certain que, dans les derniers temps, celle qui interdit au donateur de retenir indirectement la disposition de la chose donnée prend de l'importance au détriment de celle qui prescrit la tradition. Domat explique l'irrévocabilité des donations entre-vifs : « C'est de ce principe, dit-il [2], que dépend cette règle commune en cette matière, que *donner et retenir ne vaut,* ce qui signifie que si le donataire retient ce qu'il donne, il ne se dépouille pas et ne donne point. » Quant à la nécessité de la tradition, Domat n'en dit rien ; la faculté reconnue au donateur de se réserver l'usufruit apparaît beaucoup plus loin, rattachée, non pas à la règle coutumière, mais à des lois ro-

[1] *Formulæ antiquæ Alsaticæ,* c. 1 et 2, p. 401.
[2] *Les lois civiles,* liv. I, tit. X.

Digitized by Google

maines [1]. Ricard paraît avoir la même idée. Il commence sans doute par exiger la tradition de droit et de fait, qui est une des règles de notre jurisprudence française et que l'article 274 de la coutume de Paris explique de cette sorte : « C'est donner et retenir, etc [2]. » Mais ensuite le jurisconsulte rattache à l'article 275 le développement de la condition qu'il appelle la *tradition de fait*, et c'est seulement à propos de la *tradition de droit*, de l'aliénation irrévocable, qu'il parle de l'article 273 : « Donner et retenir ne vaut, » de « cette proposition qui passe pour une règle générale de notre jurisprudence française [3]. » Il est vrai qu'on trouve des auteurs qui insistent uniquement sur la nécessité de la délivrance, par exemple Laurière, commentant Loisel [4]; mais ils ne peuvent balancer Domat et Ricard; chez ces derniers se manifeste clairement la disposition de la science à entendre la maxime *donner et retenir ne vaut* comme exprimant ce caractère essentiel de la donation entre-vifs, l'irrévocabilité.

La même disposition se montre dans la législation. L'ordonnance de 1731 sur les donations confirme, étend au royaume tout entier la règle *donner et retenir ne vaut*, mais seulement en tant qu'elle assure l'irrévocabilité (art. 15 et suiv.). La pensée de ceux qui rédigèrent l'ordonnance ne saurait être douteuse. D'Aguesseau disait nettement ce que laissent comprendre le silence de Domat sur la tradition et le plan de Ricard : « Le sens de la maxime que *donner et retenir ne vaut*, écrivait-il au parlement de Besançon [5], n'est point que la tradition feinte ne puisse avoir lieu dans les donations, et personne, *dans les pays coutumiers même, n'a jamais pensé à exiger des donateurs une tradition réelle; tout ce que cette maxime signifie* est que le donateur ne peut se réserver, ni la propriété des choses données dans le temps qu'il la donne, ni le droit d'en priver le dona-

[1] *Ib.*, sect. I, n° 40.

[2] *Loc. cit.*, n° 898.

[3] *Loc. cit.*, n° 970.

[4] *Inst. cout.*, liv. IV, tit. IV, 5.

[5] *OEuvres de d'Aguesseau*, Paris, 1776, t. IX, p. 557, lettre 289. Cf. *ib.*, p. 364, lettre 290, où il commence par dire que la tradition est exigée dans les pays qui suivent la maxime *donner et retenir ne vaut* et en explique ensuite « le véritable sens » de la manière qu'on va voir.

Digitized by Google

taire quand il le jugera à propos, et, en ce sens, la maxime est en quelque manière de droit naturel. »

Non-seulement, dans la science et dans la législation, la maxime *donner et retenir ne vaut* en était venue à se confondre presque entièrement avec le principe que les donations entre-vifs sont essentiellement irrévocables, mais encore les conséquences de ce principe avaient été de plus en plus déduites avec précision, soutenues avec fermeté. Plusieurs coutumes [1] annulaient expressément la donation faite à la charge par le donataire de payer les dettes que le donateur laisserait à son décès. La coutume de Paris ne faisait pas mention de cette clause. Charondas le Caron soutenait à la fin du XVIe siècle, qu'une telle donation était valable, et il pouvait s'appuyer d'un arrêt, rendu le 18 janvier 1596 [2]. Ricard [3], Ferrière [4], Godefroy [5] enseignent sans hésiter l'opinion contraire. Le premier reconnaît que des arrêts ont admis la validité d'une donation ainsi faite, mais il nie qu'on ait allégué une raison considérable en ce sens. L'article 16 de l'ordonnance de 1731 leur donne raison.

Dumoulin considérait comme prohibée la donation faite à la charge par le donataire d'accomplir le testament du donateur [6]. Cependant Le Caron enseignait qu'elle était permise et citait trois arrêts à l'appui de son opinion [7]. Les auteurs qui rapportaient des décisions de ce genre ne se dissimulaient pas tous qu'elles étaient en contradiction avec l'esprit de la coutume : « Bien que par la coutume de Paris, disait Guenois [8], soit expliqué qu'est-ce que donner et retenir. » Godefroy déclarait la donation nulle dans cette hypothèse comme dans la première [9]. Ricard cherchait à tout concilier ; il acceptait la validité de la donation, mais avec une réserve qu'il empruntait à la sub-

[1] Bourbonnais, art. 212; Nivernois, ch. XXVII, art. 3; Auvergne, ch. XIV, art. 19.

[2] *Mémorables observations du droit françois*, v° *Donation*.

[3] *Loc. cit.*, n° 1027.

[4] Sur l'article 274, n° 17.

[5] Sur l'article 444 de la coutume de Normandie.

[6] Sur l'article 160 de l'ancienne coutume de Paris.

[7] *Loc. cit.* Chopin, *Sur la coutume d'Anjou*, liv. III, p. 422, n° 12, en cite un quatrième.

[8] Sur Imbert, *Enchiridion*, v° *Donner et retenir ne vaut*.

[9] *Loc. cit.*

Digitized by Google

stitution *ejus quod supererit*: la faculté de disposer que gardait la donation, comme celle qui était reconnue au grevé, ne pouvait s'exercer que *arbitrio boni viri* [1]. Ainsi Coquille justifiait la coutume d'Auvergne qui permettait d'insérer dans une donation la charge de payer les legs et funérailles (ch. XIV, art. 21), en représentant que cette coutume avait elle-même limité au quart des biens la faculté de disposer par testament [2]. La décision de Ricard et l'explication de Coquille reposent sur cette idée que le donateur peut se réserver la disposition d'une quotité limitée ou facile à limiter dans ses biens. Une telle idée peut s'accorder avec le principe de l'irrévocabilité : autrement elle n'aurait pas été consacrée par la coutume d'Auvergne, celle qui avait le plus anciennement admis et le plus complétement énuméré les suites de ce principe [3]. Dumoulin lui-même permettait au donateur de se réserver la faculté de léguer à l'Église, parce qu'il y avait lieu d'apprécier l'importance des legs selon la coutume du pays, la quotité et la dignité de celui qui les faisait [4]. Remarquons toutefois que la réserve dont parlent ces auteurs ne semble pas avoir eu pour effet, comme celle qui portait sur un objet certain ou sur une qualité déterminée, de diminuer l'étendue de la donation, même au cas où le donateur n'aurait pas usé de son droit, d'attribuer aux héritiers de celui-ci la quotité dont il aurait pu et n'aurait pas voulu disposer.

Enfin Charondas admettait encore, malgré l'autorité de Masuer, la validité d'une donation, où le donateur s'était réservé le pouvoir de vendre la chose donnée en cas de nécessité ou autrement, « si le donataire demeurait en possession et n'avait été ladite clause exécutée [5]. » Buridan acceptait cette décision pour la réserve restreinte au cas de nécessité; il y voyait une clause conditionnelle [6]. La Thaumassière, sans rapporter la même restriction, exprimait un simple doute : « Cette donation serait sujette à débat, comme contenant une clause

[1] *Loc. cit.*, n° 1032.

[2] *Institution au droit françois : des donations.*

[3] V. ch. XIV, art. 22 et 23, d'après lesquels semble rédigé l'article 946 du Code Napoléon. — Cette coutume est de 1510.

[4] Cons. 160, n° 18.

[5] Sur les articles 273-275 de la coutume de Paris.

[6] Sur l'article 229 de la coutume de Reims, n° 2.

Digitized by Google

contraire à la nature de la donation qui doit être irrévocable [1]. » Tout le monde finit par reconnaître qu'en effet une telle convention viole le principe de l'irrévocabilité et le texte même des coutumes [2].

Ainsi, dans le même temps où des tempéraments sont apportés à la nécessité de la tradition, l'irrévocabilité est maintenue avec plus de rigueur, les moyens d'y porter atteinte sont poursuivis avec plus de vigilance.

Sans doute ce progrès, ce développement dans l'interprétation et dans l'application du principe de l'irrévocabilité ne suffisent pas pour prouver que ce principe même se soit introduit après la nécessité de la tradition. Les mêmes destinées n'attendent pas tous ceux qui sont nés le même jour. Il arrive souvent que de deux institutions, de deux lois établies en même temps, l'une s'affermit, prend de l'extension, pendant que l'autre s'affaiblit et tend à disparaître. Ce que nous pouvons affirmer dès à présent, c'est que, au moment de la rédaction des coutumes et dans les temps qui l'ont suivie, le principe de l'irrévocabilité n'a pas été universellement admis ou du moins entendu comme il devait l'être à la fin du XVIIe siècle et dans le XVIIIe, notamment par les rédacteurs de l'ordonnance. En outre, il faut penser que nous trouvons chez Ricard, chez Pothier, deux principes différents exprimés par une seule phrase à double sens. L'une des significations a eu besoin d'un long temps pour se faire comprendre ; il est peut-être permis d'en conclure qu'à l'origine on n'avait pas songé à l'attacher aux termes dont on s'était servi.

Nous avons fait observer qu'un certain nombre de coutumes avaient été rédigées deux fois et qu'il en était dont la seconde rédaction contenait seule le principe de l'irrévocabilité : nous avons cité celles de Sens, d'Auxerre, d'Orléans, de Paris. Une telle addition est digne de remarque. Indique-t-elle un changement complet, une innovation ? Nous ne voulons pas le soutenir. En premier lieu, certaines coutumes, rédigées au commencement du XVIe siècle, faisaient une mention expresse de l'irrévocabilité et la rattachaient déjà à la règle *donner et retenir ne vaut* : on peut croire que les

[1] *Loc. cit.*, sur la coutume de Berry.

[2] Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, sect. II, art. II, § 3.

Digitized by Google

autres l'admettaient par sous-entendu, en se bornant à énoncer la règle. En second lieu, Dumoulin ne semble pas demander une réforme sur ce point; il dit : « Donationis ad nutum eversionem jura *sustulerunt* [1]. » Il est vrai que c'est lui qui dégage d'une phrase obscure un sens clair et déterminé, qui peut-être généralise un principe parce qu'il croit le trouver établi partout, qui en montre avec précision les conséquences et forme avec des règles dispersées dans diverses coutumes comme avec ses propres déductions un droit commun du royaume. On sait quelle a été son influence sur la deuxième rédaction de la coutume de Paris. C'est à lui qu'on peut attribuer le changement dont nous nous occupons. Sans prétendre que l'irrévocabilité était inconnue avant 1580, il faut reconnaître que, soit par l'effet des habitudes prises, soit sous l'empire de la science, l'importance s'en fit mieux comprendre dans les soixante-dix ans qui séparèrent les deux rédactions. Le principe ne devait pas tenir une aussi grande place dans la pratique lorsqu'on ne songeait pas à l'énoncer.

Nous avons remarqué aussi que la plupart des coutumes, après avoir posé la règle *donner et retenir ne vaut*, en donnent une seule application, la nécessité de la tradition. Il est vrai que, dans le dernier état du droit coutumier, l'irrévocabilité n'en est pas moins acceptée par ceux qu'elles régissent : un droit commun s'est formé. Mais pour connaître le véritable et antique esprit des coutumes, il ne faut point le chercher dans un droit commun produit par les efforts de la science, qui tend à établir l'unité de législation, et par l'imitation d'une coutume dominante. Ce qu'il y a de plus sûr, c'est encore de prendre les textes. Ceux qui les ont écrits ont sans doute voulu comprendre dans leur travail tous les usages de quelque importance. La science, le droit commun comblent ou corrigent. Mais le silence gardé par la plupart des coutumes sur un principe tel que celui de l'irrévocabilité montre qu'elles ne l'avaient pas encore admis, lorsqu'elles ont été rédigées.

Avant le XVIe siècle et la rédaction des coutumes, quelques ouvrages avaient été composés, qu'il faut toujours consulter quand on étudie l'histoire de notre ancien droit. Ce que nous

[1] Sur l'article 160, *loc. cit.*

Digitized by Google

y trouverons spécialement indiqué, c'est la nécessité de la tradition.

Le *grand coutumier de Charles VI* porte : « *Nota* qu'il a été tenu en tourbe que, si aucun homme *donne* ou *vend* aucune chose réelle à un autre, *sans soi dessaisir* par l'usage et coutume de la cour laye, si celui qui a *vendu* ou *donné* jouit toujours de l'héritage, après sa mort, la saisine va à ses héritiers. Mais si celui à qui on a *donné* ou *vendu* appréhende la saisine de fait, et jouit par an et jour, la saisine ne va aux hoirs parce qu'il n'en est pas mort saisi et vêtu, si ce n'était fief ; car, en fief, personne ne peut acquérir saisine sans foi [1]. » Ce passage, il est vrai, est plutôt relatif aux mutations de propriété en général qu'à la donation en particulier ; mais la vente, à la différence de la donation, donnait une action et cette action pouvait s'exercer contre les héritiers du propriétaire. L'acheteur n'était donc pas aussi intéressé que le donataire à être saisi.

Les *Coutumes notoires jugées au Châtelet de Paris* s'expriment de même, à propos de la seule donation : « Une chacune raisonnable, franche personne peut, à son vivant et par manière de don, cession ou donation faite entre vifs *irrévocable*, ordonner et disposer de son propre héritage, et par conséquent de ses meubles et conquêts, à sa pleine volonté, *et s'en dessaisir et dévêtir au profit du donataire en son vivant* [2]. » Que le mot *irrévocable* ne nous abuse point ; nous verrons bientôt ce qu'il en faut penser. L'idée essentielle pour nous est dans la dernière partie de la phrase.

Enfin, les coutumes de Champagne, rédigées en 1224 par l'ordre de Thibaut, exigent non-seulement que l'homme ou la femme qui donne à un autre une maison ou autre héritage, « s'en devestent par justice et l'en revestent par justice, » mais encore « qu'ils li quittent et li donnent quanques il i ont, et toutes voies li devesteres retient et en demeure saisis, sans ce qu'il en paie loier, ne nulle redevance à celui à qui aura fait li don, li don ne vaudra rien contre loir dou mort, pourcequ'par droit commun et par coutume de Champagne, *donners*

[1] Liv. II, c. 28.
[2] N° 143.

Digitized by Google

et retenirs ne vaut riens [1]. » Voilà l'expression même qui est passée dans la rédaction des coutumes; voilà la règle entendue comme imposant la nécessité de la tradition.

Le droit de l'époque féodale est contenu en grande partie dans des ouvrages qui n'ont pas été composés pour la France et qui cependant reproduisent beaucoup d'usages français, dans les coutumiers anglo-normands et dans les *Assises de Jérusalem.*

Les premiers sont unanimes pour exiger la tradition; Glanville nous dit : « Si donationem talem nulla secuta fuerit seisina, nihil *post mortem donatoris* ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest, quia id intelligitur secundum consuetam regni interpretationem *potius esse nuda promissio* quam aliqua vera promissio vel donatio [2]. »

Bracton pose le principe que la donation n'est point parfaite tant que le donataire n'a point reçu la pleine possession ou la saisine; il en donne cette raison : « Quia traditionibus et usucapionibus possessiones et rerum dominia transferuntur [3]. » Dans le chapitre suivant, il déclare qu'il ne suffit ni de l'hommage prêté, ni de la confection d'une charte, ni d'une tradition imaginaire qui aurait lieu quand le donateur abandonnerait le *corpus* et retiendrait l'*animus*. Il faut un ensaisinement public du donataire; ensuite, le donateur délaisse complétement *animo et corpore,* et le délaissement n'est pas complet si tous les siens n'ont, comme lui, quitté l'héritage; enfin le donataire prend possession *animo et corpore* [4]. Un peu plus loin, Bracton nous dit : « Potest donator ante traditionem mutare voluntatem, quum imperfecta sit donatio, et possessionem retinere corpore et animo [5]. » *Nuda promissio*, dit Glanville; *imperfecta donatio*, dit Bracton; le donateur est libre de revenir sur sa donation tant qu'il n'a pas livré, il ne saurait être contraint à livrer. Nous trouvons dans ces passages la confirmation de l'idée que nous avons signalée chez les écrivains du XVIe siè-

[1] Art. 44.

[2] Lib. VII, c. 1. Cf. *Regiam majestatem,* lib. II, c. 18, nos 3-6.

[3] Lib. II, c. 17, fol. 38.— Cf. c. 5, no 3, fol. 11. La donation dont l'acte est dressé et pour laquelle l'hommage a été rendu est *incepta et non perfecta.*

[4] *Ib.*, c. 18, no 1, fol. 39.

[5] *Ib.*, no 2, fol. 40.

Digitized by Google

cle, qui a presque entièrement disparu chez ceux du XVIIIe, l'un des effets de la règle *Donner et retenir ne vaut* est que le donataire n'a pas d'action contre le donateur pour se faire délivrer la chose donnée.

Britton, qui écrit sous Henri III, un peu après Glanville et Bracton, répète ce qu'ils ont dit : « Pur ceo que le graunter (don) ne le otreyer (concession) del donour ne suffist mie generaulment as purchaceours, si la possession ne sue,... » et il explique en détail comment doit être fait le délaissement de l'immeuble par le donateur : « En primes convendra al donour remuer totes ses choses moebles qe il ad en le tenement, et femme et enfantz et sa meyné (famille) tote, si que il ne eit rien, qe le soen soit, qe il ne eit remué ou vendu ou lessé à part, issi qe nule presumpcioun pusse estre qe le donour voille rien retener ; car taunt come il ad volunté de retener, ne crest james fraunc tenement al purchaceour[1]. »

Les passages de Bracton et de Britton nous font faire deux observations : en premier lieu, la longueur des développements qu'ils consacrent l'un et l'autre à la transmission de la possession montre quelles étaient et l'importance et les difficultés de la matière, spécialement quelle méfiance inspiraient les donateurs, combien on craignait qu'ils ne se réservassent la possession en paraissant l'abandonner ; en second lieu, les jurisconsultes semblent attacher moins d'importance à l'abandon du *corpus* qu'à celui de l'*animus;* il ne faut pas qu'un donateur se serve du plus léger indice, d'un serviteur ou d'un meuble laissé sur l'héritage pour soutenir qu'il a retenu la possession *animo*, que la donation est imparfaite, nulle, et qu'il peut reprendre la chose.

Le même principe est contenu dans les *Assises de Jérusalem*, où il reçoit du reste d'autres développements. Il est reconnu par la Haute-Cour et par la Cour des bourgeois. Jean d'Ibelin suppose qu'un homme donne à un autre « tels ou tels cazaus (métairies) » ou « tant de casauz assenés en tel leu (rente foncière inféodée). » Le donataire a beau être ensaisiné et prêter son hommage, s'il n'a la tenure de la métairie, soit parce que le seigneur ne la lui remet pas, soit parce qu'elle est au pou-

[1] Liv. II, ch. IX, *De Seisines*, n°s 1 et 3, t. I, p. 258 et 259, ed. by Francis Morgan Nichols, Oxford, 1865.

Digitized by Google

voir des Sarrasins, s'il n'est pas en possession du fief de besans, soit parce qu'il n'en a pas touché « un terme ou plus » depuis l'assènement, soit parce que les Sarrasins sont maîtres du lieu sur lequel la rente est inféodée, une fois le donateur mort, « le don qu'il en aura fait en dit ne sera valable ne estable, parce que ce n'aura esté que proumece; car le don n'aura esté que en dit et non en fait; que le don n'est pas parfait qui n'est en fait que en dit sans fait[1]. » Ainsi l'ensaisinement féodal ne suffit point sans la tradition; le don n'aura été que promesse, *nuda promissio*, comme disait Glanville.

Le *Livre des assises de la Cour des bourgeois*, antérieur à tous les ouvrages français ou allemands, écrit plus d'un siècle avant celui de Beaumanoir[2], n'est pas moins explicite. Le principe est énoncé jusqu'à quatre fois dans le même chapitre[3] : « Don ne vaut sans la saisine de la chose. »

A quoi sert de démontrer que la tradition a été de tout temps exigée par le droit coutumier, ce qui n'est pas mis en doute? S'ensuit-il qu'il ait jamais permis des donations révocables? Non. Mais si les mêmes ouvrages, où nous trouvons indiquée et développée avec insistance la nécessité de la tradition, sont muets sur l'interdiction de faire des donations directement ou indirectement révocables, ce silence nous permettra de supposer que, au moment où ils furent écrits, une telle interdiction n'existait pas encore; qu'à l'origine de notre ancien droit l'une des deux applications de la règle *Donner et retenir ne vaut* était inconnue.

Nous avons déjà rencontré la mention de l'irrévocabilité dans les *Coutumes notoires*. Bouteiller dit aussi : « Tels dons qui se font entre les vifs ne se peuvent rappeler selon les coutumes, » et Beaumanoir : « Il y a difference entre les dons qui sont fet en testament et cix qui sont fet hors de testament, car il est clerc coze que tout che qui est promis en testament, soient don ou aumosnes ou restitutions, poent estre rapelées

[1] Ch. 144. — Cf. *La clef des assises de la Haute-Cour du royaume de Jérusalem et de Chypre*, n° 194 : « Nul don n'est parfait qui est fait en dit sans estre parfait. »

[2] *Introduction aux Assises de la cour des bourgeois*, par M. le comte Beugnot, p. XXXVII.

[3] Ch. 214.

[4] *Somme rural*, tit. XLV, *de Donations*.

Digitized by Google

par celi qui fist le testament ou apeticiée ou creues à se volenté, tant comme il vit. Mais ce ne pot ou fere des dons que on done ou promet hors du testament, car il les convient a emplir [1]. »

Il faut bien comprendre les passages que nous venons de citer. La donation y est déclarée irrévocable, mais on la suppose pure et simple, une fois faite et exécutée. Les jurisconsultes montrent en quoi elle diffère du legs. Ils ne songent pas aux clauses qui en modifieraient le caractère ordinaire, qui permettraient au donateur de la détruire ou de la restreindre.

Aussi indiquent-ils les causes déterminées pour lesquelles la révocation peut avoir lieu : « Selon la loi (les dons entre-vifs), bien se peuvent en aucunes manières rappeler, si comme après le don fait celuy à qui le don seroit donné fît au donneur mortel ennuy, si comme de pourchasser sa mort, de lui ferir, de lui accuser ou famer de reproches vilaines ou de diffame, etc. (*Inst. eod. tit., De donat.*, § *Sciendum tamen*) [2]. » Le dernier chapitre de Beaumanoir « parole des dons outrageus qui, par reson, ne doivent pas estre tenu; et de cix qui sont à tenir, c'on ne pot ne doit por nule raison débatre [3]. » L'auteur répète : « Selonc nostre coutume, tout li don qui sunt fet, entre vives personnes, par cause de bonne foi, sunt à tenir, sauf le droit de son segneur de qui li heritage sunt tenu » (de critiquer un don excessif). Les dons qu'il ne faut pas « tenir » sont ceux qui se trouvent contraires aux lois de Dieu, aux coutumes [4], qui sont faits sous l'empire de l'ivresse, de la folie ou de la peur [5]. Beaumanoir admet la révocation pour inexécution des conditions, mais avec de grandes réserves [6].

[1] *Les coutumes du Beauvoisis*, ch. XII, *des Testaments*, n° 39. — Cf. le *Livre des droix et des commandemens d'office de justice*, publié par M. Beautemps-Beaupré, Paris, 1865, sur un manuscrit de 1424; cet ouvrage, d'après l'éditeur, donne et fait connaître la jurisprudence de la seconde moitié du XIVe siècle dans l'Anjou et surtout dans le Poitou. N° 479. « Il est difference entre donacion faicte entre vis d'une chose, et laiss faicte au testament d'aucune chose. »

[2] Bouteiller, *loc. cit.* — Cf. le *Livre des droix*, n° 197.

[3] Ch. LXX.

[4] *Ib.*, n° 4.

[5] Ch. VI, n° 24; ch. XXXIV, nos 30-33.

[6] Ch. LXX, n° 13.

Digitized by Google

Beaumanoir et ceux qui ont écrit après lui, en refusant, d'après la coutume, au donateur la faculté de révoquer à son gré, appliquent ce principe que les parties contractantes sont liées par toute convention valablement faite : « Toutes convenences sont à tenir, dit le premier [1], et por ce dit-on : *Convenence loi vaint.* » Ce principe n'est plus en question, lorsque la convention elle-même réserve au donateur le pouvoir de retirer la donation [2].

Aussi cette révocation pour inexécution des charges, que dans le silence des parties, Beaumanoir repousse d'abord, qu'il admet ensuite, mais comme un remède extrême et avec une grande répugnance, ne souffre-t-elle aucune difficulté lorsqu'elle est expressément ordonnée par la convention : « Quand aucune possession, dit le *Livre des Droiz* [3], est donnée à l'Eglise par condicion, le don ne peut pas après ce estre rappelé, s'il n'a par aventure esté donné par *telle condicion* qu'il doye rappelle si la condicion cesse. »

L'irrévocabilité est aussi reconnue dans les termes les plus énergiques par les coutumiers anglo-normands surtout par Bracton [4] et par Britton [5]. Mais aucun d'eux ne se demande

[1] Ch. XXXIV, n° 2.

[2] Brodeau a commis une erreur complète quand il a cité les articles 273 et 274 de la coutume de Paris en marge de cette décision de Jean des Mares : « Donation faite à aucun donataire par fiction, dol, barat ou mauvaistié peut être rappelée (n° 141). »

[3] N° 221.

[4] Lib. II, c. V, n° 2, fol. 11 : « Est dare rem accipientis facere cum effectu, alioquin inutilis erit donatio, quæ irritari poterit et revocari. » Cette définition est reproduite dans la *Fleta*, lib. III, c. III, n° 2. Il semble au premier abord que le jurisconsulte déclare nulle la donation qui peut être révoquée. Mais dans la dernière partie de la phrase, il développe les mots *cum effectu*. Il prend comme exemple d'une donation inutile celle de la chose d'autrui, qui, n'investissant pas le donataire de la propriété, ne produit pas d'*effet* : « Et ea a vero domino poterit *revocari*. »

[5] Liv. II, ch. III, n° 1 : « Doun est institucioun de acune chose qe de fraunche volunté est translaté de verrey possessour à autre persone, oveke entere volunté qe la chose mes ne retourne al donour, et oveke entere volunté del recesvour de retenir la chose enterement cum sue propre sauntz rendre la al donour. Car autrement ne poit doun estre fet proprement, si la chose doné ne soit al recevour, issi qe les deus dreitz de propreté et de possessour se joynent en sa persone, issi qe le doun ne peut estre repelé par le donour, ne destruit par autre en qi persone soit remise la dreite propreté. »

Digitized by Google

s'il est permis d'y déroger par une convention spéciale, excepté pour le cas où, une donation étant faite *sub modo*, le donataire n'exécuterait pas son obligation[1]. Un grand nombre de conditions sont indiquées par les jurisconsultes ; ils gardent le silence au sujet de celles qui feraient dépendre du donateur le maintien des donations.

Enfin les *assises de Jérusalem* confirment la doctrine commune de l'Europe, comme les vieux auteurs de France ou d'Angleterre, et déclarent la donation irrévocable. Jean d'Ibelin, après avoir dit que chacun peut donner ajoute : « Et chose que il en face (de ses biens), ces heirs ne pevent ni ne deivent rapeler ni desfaire, par raison l'assise ne l'usage dou dit reïaume[2]. » Ainsi s'exprime le jurisconsulte de la Haute-Cour. Sans porter atteinte au principe que la donation pure et simple est irrévocable, l'*abrégé du livre des assises de la cour des Bourgeois* permet aux parties de convenir que la donation sera révocable au gré du donateur : « Une autre manière de dons, laquel choze a esté faite et ce peut faire, c'est assaver : celui qui donne son héritage le peut doner à son rapeau. Rapiau vaut tant à dire que le don que il a fait, il le peut rapeler et recovrer celui heritage toutes fois que il vodra et par la court. Et doit dire enci : — Je done mon heritage à teil à mon rapiau, par enci que toutes les fois que il me plaira, je le puisse rapeler le don que je li fais doudit heritage. — Et sachés que ceste manière de don si vaut tant come celi qi li aura doné le rapele. » Si le *rapeau* n'est pas exercé avant la mort du donateur, il passe à ses enfants légitimes, mais à eux seuls. Il peut avoir lieu après la mort du donataire. mais seulement dans l'an et jour[3].

[1] Bracton, lib. II, c. VI, n° 2, fol. 19.— Fleta, lib. III, c. III, n° 4 : « Alia sub modo, conditi one vel ob causam, in quibus casibus non proprie fit donatio, quum donator id ad se reverti velet, sed quædam potius feodalis dimissio. »

[2] Ch. 141.

[3] 1re partie, ch. 35. M. Beugnot dit, en note de ce chapitre (t. II, p. 267, note *u*) : « Les donations révocables, c'est-à-dire, celles que le donateur se réserve la faculté de pouvoir directement ou indirectement révoquer et rendre nulles, étaient repoussées par le droit commun de l'Europe. » Et il cite Bracton, Glanville, les articles 273 et 274 de la coutume de Paris, le grande contumier de France ; mais il n'y a que la coutume de Paris qui, dans les articles cités, ait prévu la clause de révocabilité, et elle est de plusieurs siècles postérieure, même à l'*Abrégé*.

Digitized by Google

Ainsi, à l'époque féodale, tous les écrivains constatent que la donation entre-vifs, faite purement et simplement, est irrévocable; chez aucun d'eux cette irrévocabilité n'est représentée comme si essentielle qu'il ne soit pas permis d'y déroger; ils ne s'expliquent pas, en général, sur les clauses qui laisseraient la donation à la disposition du donateur; le seul qui en prévoie expressément une, la plus claire de toutes, la déclare valable.

Il est donc permis d'assurer que les deux applications faites de la règle *donner et retenir ne vaut* par le droit français des derniers siècles n'ont pas une origine également ancienne. La tradition a toujours été exigée; les clauses dérogeant à l'irrévocabilité n'ont pas toujours été interdites, au moins formellement.

II.

11. Comment s'explique l'établissement de la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, dans notre ancien Droit?

Elle sert à exprimer deux règles très-différentes. La même explication conviendra-t-elle à l'une et à l'autre? Nos anciens auteurs ont été souvent induits en erreur par cette réunion bizarre de deux règles distinctes en un même brocard. De là des explications ou insuffisantes, si elles s'appliquaient à une seule, ou confuses, si elles s'appliquaient à toutes deux distinctement. Nous ne parlons pas de celles qui n'étaient point sérieuses [1].

12. Ferrière justifie de la manière suivante la défense de déroger au principe de l'irrévocabilité : « Que si on avoit permis aux particuliers de faire donation de leurs biens et de retenir la faculté d'en pouvoir disposer, on auroit ouvert un moyen facile de frustrer ses héritiers par des donations dé-

[1] Coquille : « Toutes les coutumes de France disent pour règle que *donner et retenir ne vaut*. Ce qui procède, comme il est vraisemblable, du naturel des vrais François, qui est de faire franchement et à cœur ouvert, sans retenir à couvert » (*Institution au droit françois, des Donations*), et : « Nos prédécesseurs François, francs et libres, ont dédaigné toute fiction et simulations, et à cette occasion ont réprouvé l'artifice et finesse de ceux qui feignent de donner, et retiennent le pouvoir de révoquer et ne donnent pas tout à fait. » (*Coutume de Nivernois*, ch. XXVII, art. 1 et 2.) Voir comment M. Demolombe réfute le premier de ces passages. (*Traité des donations entre-vifs*, t. I, n° 25.)

Digitized by Google

clarées entre-vifs, sans que les donateurs en reçussent aucune incommodité et sans rien diminuer des droits qu'avoient avant les donations et sans se dépouiller eux-mêmes des choses données, contre la nature et la substance des donations qu'ils feroient et dans le dessein seulement de frustrer leurs héritiers de leurs biens ; car, comme il est permis de disposer de tous ses biens par donations entre-vifs, sans distinction de propres et d'acquêts, et que la faculté de disposer des biens par dernière volonté est restreinte et bornée par toutes nos coutumes, quand on voudroit dépouiller ses héritiers de tous ses biens, on choisiroit cette voie, par laquelle on éluderoit la disposition de la coutume faite en faveur des héritiers.— C'est pour cette raison que nos coutumes y ont pourvu, dont la plupart permettent de disposer de tous ses biens par donation entre-vifs, mais elles ont voulu que les donateurs se dépouillassent eux-mêmes par icelles de la propriété des choses données, pour ôter aux héritiers toute occasion de se plaindre[1]. » En effet, on sait que, d'après la coutume de Paris, une personne pouvait donner la totalité de ses propres entre-vifs et seulement le quart par testament.

« Nous voici cette fois dans le vrai, » dit M. Demolombe, après avoir cité un passage d'Argou, contenant l'expression de la même idée[2].

Cette explication ne convient, en réalité, qu'à l'une des deux règles, et, par conséquent, elle ne suffit pas pour la maxime : *Donner et retenir ne vaut*. Elle nous fait comprendre pourquoi il n'est pas permis au donateur de se réserver la disposition de la chose donnée, non pourquoi la tradition était exigée du vivant du donateur, à peine de nullité. Du temps de Ferrière, il était généralement admis qu'une action était accordée au donataire contre le donateur vivant pour se faire

[1] Ferrière, sur l'article 273, n° 8. Cf. Domat, *loc. cit.*

[2] L'illustre professeur ne rejette pas d'autres motifs, à savoir, que les législateurs étaient disposés à restreindre la faculté de tester, considérée comme de droit civil, non celle de donner, considérée comme de droit naturel, qu'ils cherchaient à retenir le donateur en le forçant à se dépouiller lui-même : « Mais, comme on le voit, dit-il, ce n'était pas son intérêt privé, à lui, que les coutumes se proposaient de protéger ; c'était un intérêt plus général et plus élevé, l'intérêt de la conservation des biens dans la famille. » V. plus bas, n° 14.

Digitized by Google

faire la délivrance; celui-ci ne restait donc pas maître de la donation; cependant, après sa mort, elle était non avenue. Nous avons pensé que, dans un temps plus ancien, le donataire ne pouvait pas agir : le donateur alors demeurait entièrement libre d'exécuter ou d'abandonner son intention généreuse; la règle : *Donner et retenir ne vaut,* ainsi entendue, ne devait-elle pas préjudicier aux héritiers qu'il était facile de dépouiller, sans s'être jamais dépouillé soi-même, en confirmant, par une délivrance tardive, une donation antérieure, dépourvue à l'origine de force obligatoire?

Que penser de l'explication restreinte, comme elle doit l'être, à l'irrévocabilité? Il est remarquable qu'elle n'ait pas été adoptée par nos anciens auteurs, même par ceux qui sont venus après Ferrière, notamment par Pothier. Ils l'ont connue, ils ont dû la trouver claire; sans doute, ils ne l'ont pas trouvée satisfaisante.

A priori, on reconnaît qu'elle suppose une combinaison ingénieuse, imaginée par un législateur prévoyant, pour empêcher que la loi ne soit éludée. Mais cette ingénieuse prévoyance peut-elle être attribuée à des coutumes?

Nous avons à faire une épreuve instructive. Les coutumes qui contiennent la règle *donner et retenir ne vaut* sont-elles les mêmes qui donnent toute liberté au donateur, en restreignant la faculté de disposer par testament? Celles où la règle est omise sont-elles aussi celles où aucune différence n'existe entre le testament et la donation, en ce qui touche la quotité disponible?

Au premier abord, l'épreuve paraît favorable au système que nous combattons. Ainsi dans les coutumes de Touraine, d'Anjou, du Maine, la faculté de disposer n'est pas plus sévèrement restreinte, entre les mains des testateurs qu'entre celles du donateur, et ces coutumes gardent le silence sur la règle *donner et retenir ne vaut*[1]. Il en est de même dans la coutume réformée

[1] On peut même dire qu'elles l'excluent. « Le donataire doit avoir possession de la chose à lui donnée par la main de l'héritier, si le donneur ne lui en a baillé à sa vie la possession. » (Coutume de Touraine, art. 240.)— « Tout donataire et légataire doit être saisi par les mains de l'héritier du donneur, sinon que le donneur lui en ait baillé la possession sa vie durant et en pleine santé. » (Coutume d'Anjou, art. 341.) La coutume du Maine s'exprime dans les mêmes termes (art. 353).

Digitized by Google

de Bourgogne. A l'inverse, un très-grand nombre de coutumes suivent l'exemple de celle de Paris; elles posent ce principe que la donation entre-vifs est essentiellement irrévocable, et, d'un autre côté, elles limitent le droit de tester, sans avoir limité celui de donner, ou tout au moins elles renferment le premier dans des bornes plus étroites que le second.

Mais, dans ces coutumes de Touraine, d'Anjou, où la quotité disponible était toujours la même, quel que fût le mode de disposition, la règle *donner et retenir ne vaut* avait été admise, malgré le silence ou même les dispositions contraires des textes. Au XVIIe siècle, un commentateur de la coutume de Touraine disait que l'article 240 était mal conçu. « La première disposition s'entend de la donation testamentaire, que le légataire doit avoir par la main de l'héritier et le reste est pour la donation entre-vifs, en laquelle la tradition réelle ou feinte sont nécessaires, avec acceptation, excepté en la donation mutuelle[1]. » Plus anciennement encore Chopin s'exprimait ainsi, en commentant la coutume d'Anjou : « Il est notoire que la donation et rétention des choses données (*donner et retenir*) ne vaut par nos coutumes[2]. » Quant à la coutume de Bourgogne, la première rédaction (ch. VII, art. 5) limitait la faculté de tester aux deux tiers de la fortune, en laissant chacun libre de donner entre-vifs, et cependant elle n'avait pas rendu l'irrévocabilité essentielle aux donations entre-vifs.

On comprendrait que les commentateurs eussent subi l'influence du droit commun et admis une règle dont l'application ne se justifiait pas. Mais cette règle avait été posée expressément par un certain nombre de coutumes, qui laissaient une égale liberté au testateur et au donateur, comme la coutume

[1] Pallu, sur l'article 240 de la coutume de Touraine. On ne comprend pas que Coquille cite encore et avec un étonnement qui ressemble à du scandale la coutume de Touraine comme ayant écarté la règle *donner et retenir ne vaut*. (Sur la coutume de Nivernois, ch. XXVII, art. 1 et 2.)

[2] Sur la coutume d'Anjou, liv. II, ch. II, tit. IV, *in fine*. — Ed. 1663. L'éditeur se vante de donner une traduction plus soignée que celle de 1634. Pocquet de Livonnière n'hésite pas à reproduire la même décision au commencement du XVIIIe siècle (*Coutumes des pays et duché d'Anjou*, 1725, sur l'article 341).

Digitized by Google

de Berry [1], ou qui imposaient à leurs libéralités la même limite [2], comme les coutumes de Montfort l'Amaury (art. 87, 88, 145), de Reims (art. 232 et 292), de Châlons (art. 63 et 70) [3].

La coutume de Lille restreignait beaucoup plus la faculté de tester que celle de donner : « Nos coutumes, dit Patou [4], n'ont permis de disposer par testament que de meubles et tels réputés, ne voulant point que les immeubles qui font presque toujours la portion la plus précieuse des biens qu'on possède, puissent être donnés autrement que par des donations entre-vifs et irrévocables, du moins en ligne collatérale; et comme on n'aime guère à se lier ou à se dépouiller de ses principaux biens, le droit coutumier les a par ce moyen conservés aux familles et à ceux que la nature et le sang appellent aux successions. » Mais cette même coutume, qui attachait tant d'importance à l'irrévocabilité des donations entre-vifs, avait exclu par son silence et par sa pratique la règle *donner et retenir ne vaut* : « Rien n'empêchant ici, dit encore Patou [5], de donner entre-vifs et de retenir en même temps le domaine et la possession des choses données, pourvu que d'ailleurs la donation soit irrévocable, comme est celle des biens qu'on laissera à la mort. » Peut-être devons-nous citer la coutume d'Amiens, en même temps que celle de Lille. Elle reconnaissait (art. 46) toute liberté à la donation entre-vifs et ne permettait (art. 5) de donner par testament que le quart des propres. Cependant elle ne faisait pas mention de la règle *donner et retenir ne vaut* et plusieurs de ses commentateurs la passent sous silence. Seul, Ricard, dont le commentaire se réduit à des notes très-brèves, qui était d'ailleurs étranger à la coutume, interdit les conditions potestatives de la part du donateur, « qui ne peuvent pas com-

[1] « La coutume de Berry ne distingue point les propres des autres biens, et ne restreint point, par rapport à aucuns biens, le pouvoir d'en disposer. » (Pothier, *Traité des donations testamentaires*, ch. IV, art. II.) V. tit. 7, art. 9, et tit. 18, art. 5.

[2] « Il y a quelques coutumes qui restreignent à une certaine quotité la faculté de disposer aussi bien entre-vifs que par testament. » Ricard, *loc. cit.*, 3e partie, ch. X, sect. I, n° 1467.

[3] Il faut observer que les coutumes citées, à part celle de Reims, donnent expressément une seule application de la règle *donner et retenir ne vaut*, qu'elles exigent seulement la tradition.

[4] Sur les coutumes de la ville de Lille, tit. II, art. 1, gl. 1.

[5] *Ib.*, tit. V, art. 1, gl. II, n° 11.

Digitized by Google

patir avec l'irrévocabilité, qui est une partie essentielle de la donation [1]. »

Pour compléter l'épreuve, il faut rappeler que l'ordonnance de 1731 imposa indistinctement à tout le royaume les conséquences de l'irrévocabilité ; elle ne fit d'exception ni pour les coutumes qui ne mettaient aucune différence entre la donation et le testament, ni pour les pays de droit écrit, où n'existait aussi qu'une seule légitime à invoquer contre ces deux actes. Les rédacteurs ne pensaient certainement pas à prévenir dans toute la France les fâcheux effets d'une différence de quotité disponible qui n'existait peut-être que dans la moitié. Cette partie de l'ordonnance, appliquée aux pays où cette différence n'était pas admise, aurait été absurde. Il faut qu'une autre idée ait présidé à la rédaction de l'ordonnance, que les rédacteurs aient attribué un autre sens, une autre origine à la règle *donner et retenir ne vaut.*

Bornons-nous à dire que la différence établie par un grand nombre de coutumes entre la donation et le testament a donné un intérêt considérable à la règle, quand s'est développée la seconde règle, la défense de déroger à l'irrévocabilité, et qu'elle a pu faciliter ce développement.

13. Une deuxième explication paraît, au contraire, convenir exclusivement au principe qui exige la tradition. Ce principe, selon Ricard [2], « fait comme le sceau et la vérification de la donation, afin qu'il paraisse qu'elle a été faite sincèrement et sans dissimulation. A quoi on peut ajouter que cet établissement a aussi eu pour fondement le bien public et la sûreté du commerce, afin que la connaissance de la possession des domaines ne demeure pas incertaine, et que ceux qui viendront à contracter avec le donateur, ou même ses héritiers, qui pourraient accepter la succession, ne voyant aucun changement dans la possession de ce qui lui appartenait, ne se persuadent pas avoir leur sûreté sur ce qui ne lui appartient plus qu'en apparence [3]. »

Voilà les « fraudes et clandestinités » que redoutent nos

[1] Sur l'article 46.

[2] *Loc. cit.*, n° 901.

[3] Cf. Ferrière, sur l'article 275, n° 5.

Digitized by Google

anciens jurisconsultes, et qu'ils croient prévenir en exigeant la tradition. Ils sont, du reste, forcés de reconnaître que l'introduction de la tradition feinte rend complétement illusoire la protection promise aux créanciers et aux héritiers du donateur [1]. Par là même ils semblent avouer qu'il n'y a plus, dans presque toutes les coutumes, de motif raisonnable à donner pour le maintien de la règle.

Toutes les coutumes, tous les jurisconsultes, font des exceptions à la règle, pour les donations mutuelles et pour les donations en faveur de mariage. Cette dernière nous frappe. « Comme la règle dont nous parlons, dit la Villette [2], n'a d'*autre motif* que d'empêcher les fraudes, il est certain qu'elle n'a pas lieu ès donations faites en faveur de mariage, non plus que... » Et pourquoi les fraudes qui sont à craindre dans les donations ordinaires ne peuvent-elles pas se présenter dans les donations en faveur de mariage? Les unes ne reçoivent pas une plus grande et plus sérieuse publicité que les autres. Ce que dit Ricard convient également aux unes et aux autres. Les fraudes, selon Buridan [3], « ne se peuvent facilement faire ès contrats de mariage, à cause de l'assistance de tous les parents des futurs conjoints auxquels le don se fait. » Cette assistance n'empêche ni le concert frauduleux entre le donateur et le donataire au moment de l'acte, ni surtout cette « clandestinité » qui résulte de ce qu'après l'acte le donateur reste en possession. Nous comprenons que la faveur due au mariage empêche de tenir compte de certains dangers; nous ne comprenons pas que le motif ou la forme de la libéralité les fasse disparaître. La vérité sur ce point est dans les lettres de d'Aguesseau. « Si, dans l'article 17 (de l'ordonnance), dit-il [4], le roi a autorisé les donations des biens présents et à venir, lorsqu'elles seraient faites en faveur de mariage, c'est, d'un côté, parce que cette faveur est si grande qu'elle l'emporte sur les règles les plus générales... »

Dumoulin, le premier auteur de l'explication que nous ve-

[1] Ricard, *loc. cit.*, n° 902.
[2] Sur la coutume de Péronne, art. 109.
[3] Sur l'article 231 de la coutume de Reims, n° 3.
[4] Lettre 288, 19 mai 1731, au Parlement de Grenoble. — Cf. lettre 289, 22 mai 1731, au Parlement de Besançon.

Digitized by Google

nons de reproduire, semblait se rapporter exclusivement au principe de l'irrévocabilité. Il s'exprimait ainsi : « Donationis *ad nutum eversionem* jura sustulerunt, *ut technis obstarent*, quod non obtinet si tabulis nuptialibus concipiatur[1]. » Ce n'était plus la même fraude, la même erreur, qui était à craindre. Dumoulin voulait sans doute protéger les créanciers du donataire, les tiers qui l'auraient pu croire propriétaire incommutable.

14. Un motif également particulier à la tradition a été donné par Godefroy, le commentateur du code Théodosien : « Traditionis necessitas eo tantum fine in donationibus inducta fuit, ne improvida profusione quidam bonis suis evolverentur; neque enim melius ab hac inconsulta facilitate homines cohibeantur, quam si suas res corporaliter et revera a se ad alios migrare videant[2]. » — « La nécessité du dessaisissement fait qu'on ne donne pas avec tant d'inconsidération, » dit Delalande[3].

Ricard justifie d'une manière analogue le principe de l'irrévocabilité, mais en faisant valoir un autre intérêt, celui de la famille : d'après lui, la loi a opposé aux particuliers « cette barrière, qu'il ne seroit pas en leur pouvoir de priver leurs héritiers de la propriété de leurs biens par cette voie, qu'en la quittant les premiers[4]. »

Pothier réunit les deux principes, et invoque, pour les expliquer, l'intérêt de la famille, comme avait fait Ricard[5] : « La raison pour laquelle notre droit a requis, pour la validité des donations, la nécessité de cette tradition, ainsi que celle de l'irrévocabilité, se fait assez apercevoir. L'esprit de notre droit français incline à ce que les biens demeurent dans les familles et passent aux héritiers.... Nos lois ont jugé à propos..., en conservant aux particuliers ce droit (de donner), de mettre un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on

[1] Delalande, sur l'article 283 de la coutume d'Orléans, n° 7.
[2] Sur l'article 160 de l'ancienne coutume de Paris.
[3] Ad l. 4, C. Theod., *De donationibus*.
[4] *Loc. cit.*— Cf. Laurière, sur Loisel, *Instit. cout.*, liv. IV, tit. IV, V.
[5] *Loc. cit.*, n° 900.

Digitized by Google

a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement détournât les particuliers de donner[1]. »

L'explication de Pothier est reproduite par Grenier[2], et M. Demolombe l'admet également, mais en la complétant par celle qu'il tire de la différence des deux quotités disponibles et dont Pothier ne parle point[3].

Ce qui permet de la révoquer en doute, c'est d'abord qu'elle a subi un double changement, avant d'arriver à nous par l'intermédiaire de Pothier. Il serait bien étonnant qu'on eût attendu jusqu'au XVIIIe siècle pour connaître le vrai motif d'une règle depuis si longtemps observée, qu'il nous fût révélé par Pothier, dont les recherches historiques étaient ordinairement peu profondes. On peut trouver après coup d'excellentes raisons pour justifier un principe de droit comme un acte de la vie; il ne s'ensuit pas qu'elles aient dirigé celui qui a fait l'acte, inspiré celui qui a posé le principe. Au fond, l'explication a-t-elle une grande valeur? Il n'est, en réalité, rien de plus contraire à l'intérêt de la famille qu'une transmission de propriété sur laquelle il n'est pas permis au donateur de revenir. La passion d'un instant, bonne ou mauvaise, a pu être assez forte pour qu'il n'ait pas hésité à se dépouiller à jamais; l'instant passé, les conséquences de son acte demeurent irrévocables, au grand préjudice de sa famille. Nous admettrions plus volontiers le motif emprunté à l'intérêt du donateur, pour expliquer la nécessité de la tradition; il a le grand mérite de l'ancienneté. Mais pourquoi protéger le donateur contre lui-même? Il faut être niais pour ne pas comprendre qu'on se dépouille quand on fait une libéralité, et un si grand nombre de coutumes se seraient donné le mot pour établir une règle en vue d'une simplicité exceptionnelle! D'un autre côté, que fait-on de la propriété, des droits qu'elle confère? Pourquoi en gêner la transmission? Ajoutons qu'il ne fallait pas admettre la tradition feinte, spécialement par rétention d'usufruit, si l'on voulait qu'un changement se produisît dans la situation du donateur, assez

[1] *Traité des donations entre-vifs*, sect. II, art. II.

[2] *Traité des donations*, 3e édit., t. I.— *Discours historique sur l'ancienne législation*, p. 11.

[3] *Loc. cit.*, n° 25.

Digitized by Google

notable pour lui faire comprendre toute l'importance de son acte, et que la rétention d'usufruit était depuis longtemps et presque partout regardée comme suffisante, quand Godefroy proclamait la nécessité d'un dessaisissement actuel de la part du donateur.

ALBERT DESJARDINS.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

DE LA RÉVISION DU CODE PÉNAL EN BELGIQUE,

Par M. Léopold THÉZARD,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite et fin* [1].)

45. Après l'excursion rapide que nous venons de faire dans la partie politique du nouveau Code belge, nous jetterons un coup d'œil sur quelques autres dispositions, relatives à des infractions de diverses natures.

Parmi les infractions dirigées contre les personnes, nous choisirons le *duel*, la *diffamation* et l'*outrage*, soit envers les particuliers, soit envers les fonctionnaires ou agents de l'autorité. Parmi les infractions qui affectent les propriétés ou la sécurité des transactions, nous signalerons les *coalitions*, les *abus de confiance*, *escroqueries* et *tromperies*, l'*incendie* et autres destructions.

Du duel.

46. Il est impossible de parler du duel sans signaler une lacune dans nos lois, une variation singulière dans notre jurisprudence, et une controverse toujours vivante parmi nos auteurs de droit criminel. Le vœu de tout jurisconsulte, jusqu'au jour où il sera démontré que le duel est devenu impossible, est qu'il soit l'objet d'une loi précise et formelle. Cette

[1] V. tome XXXI, p. 156, 302 et 444; t. XXXII, p. 48 et 258.

Digitized by Google

loi, nous ne l'avons pas encore, et chaque duel qui s'engage donne un intérêt d'actualité aux disputes qu'a soulevées la question. C'est donc chose utile, chaque fois qu'on rencontre de sérieux éléments pour la résoudre, de les signaler et de les discuter.

Le duel doit-il être puni, selon les cas, comme assassinat ou comme meurtre, ou comme tentative d'un de ces crimes, ou enfin comme délit de coups et blessures? Faut-il, en un mot, le faire rentrer dans la catégorie des infractions ordinaires dont le rapprochent ses résultats? — Faut-il au contraire le laisser complétement impuni? — Ne vaut-il pas mieux adopter un troisième parti, et le punir comme un délit spécial et distinct, auquel s'appliquerait une répression modérée?

La raison, comme l'opinion, veut qu'on prenne ce troisième parti; mais le système de la loi française ne laisse de choix qu'entre les deux premières alternatives. Le législateur, suivant l'expression de M. Treilhard, n'a pas fait au duel l'honneur de le nommer; il serait plus vrai de dire qu'il a craint de donner sa solution sur une question qui lui semblait propre à passionner l'esprit public; et cette malheureuse tendance, qui semble prévaloir daus certains esprits[1], a jeté les tribunaux dans la contradiction, et finalement dans un système d'expédients. On a jugé d'abord que le duel, fait *sui generis*, n'était pas une infraction punie par le Code Pénal; on a jugé ensuite qu'il rentrait dans la catégorie des homicides ou des blessures ordinaires; on est ainsi arrivé à des pénalités excessives, partant à des acquittements toutes les fois que le jury était saisi : l'opinion publique protestait contre l'assimilation que faisaient les interprètes de la loi. Enfin, la pratique judiciaire est arrivée à des transactions avec son principe. Lorsqu'il y a

[1] « Combien de fois nous-même (dit M. Valette, dans son rapport sur le duel, dont nous parlerons plus loin), dans des comités ou commissions, n'avons-nous pas entendu dire, à propos de quelque point embarrassant : « Eh bien! supprimons cela, n'en parlons pas; les tribunaux décideront. » On a entendu le même langage en 1863, non plus dans des discussions intérieures, mais dans la discussion publique de la loi de révision pénale. — Et dernièrement, dans une séance solennelle d'une de nos hautes assemblées, n'a-t-on pas osé dire à ceux qui réclamaient l'abolition d'une loi pénale : « Rassurez-vous, on applique rarement la loi aux délinquants; » et à ceux qui en demandaient le maintien : « Rassurez-vous, on l'applique quelquefois. » (Il s'agissait de la loi sur l'observation du dimanche.)

Digitized by Google

mort d'homme dans un duel, on laisse souvent encore l'affaire se dénouer devant le jury; l'acquittement est certain; seulement, dans la pensée de ceux qui appliquent la loi, la détention préventive sert de pénalité; elle a même ce caractère, assez conforme aux exigences de l'opinion en pareil cas, de n'entraîner avec elle aucune infamie. Mais sitôt qu'il y a un moyen de correctionnaliser, on le met à profit : l'intention de donner la mort fût-elle bien établie, si le blessé a survécu, on fait du duel un simple délit de coups et blessures; même dans le cas de mort, on a quelquefois proposé de qualifier le fait d'homicide par imprudence. C'est par ces ménagements que le pouvoir judiciaire arrive à cette répression sûre et modérée qui devrait être le fait du législateur. On satisfait peut-être ainsi l'opinion dans la question spéciale du duel, mais on donne l'exemple, plus pernicieux que le duel, de l'application arbitraire de la loi. Et, chose étrange, le législateur lui-même, dont les déclarations ambiguës ont favorisé dès le début cette façon de procéder, a semblé y donner encore les mains quand il a correctionnalisé les coups et blessures volontaires ayant occasionné une incapacité de travail de plus de vingt jours [1]: un des motifs qui ont fait ici abaisser la peine, a été de permettre aux magistrats de poursuivre et de juger comme délits un plus grand nombre de cas de duel.

Ce n'est pas la seule étrangeté que présente notre pratique en matière de duel. Le système que nous venons de décrire s'applique aux citoyens ordinaires, aux *pagani;* mais à côté de la société civile, une autre société, l'armée, est gouvernée par un Code tout différent. Comme s'ils succédaient à quelque privilége militaire des légionnaires romains, ou au droit que notre ancienne législation réservait autrefois pour les gentilshommes [2], les soldats peuvent se battre en duel avec l'approbation de leurs chefs. Ces duels sont organisés sous la surveillance de l'autorité militaire; ils font l'objet de rapports en règle; ils sont soumis à des formes déterminées, comme les anciens combats judiciaires; on y voit si bien un moyen régulier de vider les différends, qu'il y a des cas où le soldat est forcé, non par le point d'honneur, mais par la menace d'une peine

[1] Article 309 du Code pénal, révisé par la loi du 13 mai 1863.

[2] Autre que gentilhomme ne peut guerroyer, disait Beaumanoir.

Digitized by Google

disciplinaire, d'aller sur le terrain; et j'ai entendu dire à des officiers que c'était un des meilleurs moyens d'empêcher les querelles et les voies de fait entre militaires : les disputeurs y regardent à deux fois, quand ils savent qu'il faudra se battre ou aller en prison [1].

Comment veut-on qu'une nation, toute pleine de l'esprit militaire et gouvernée par des règles si pleines de contradictions et d'inconséquences, prenne au sérieux l'assimilation qu'on a voulu faire entre le duel et les crimes ordinaires? L'état de la législation ne peut qu'entretenir les préjugés favorables au duel, et le législateur semble reculer devant la solution d'une difficulté qu'il a lui-même augmentée.

La réforme pourtant était faite depuis dix ans en Belgique, et depuis plus longtemps dans d'autres pays, quand, en 1851, un projet de loi, soumis à l'Assemblée législative, donna lieu au beau rapport de M. Valette, qui sera toujours consulté comme le plus précieux document sur le sujet [2]. Mais ce projet de loi, dû à l'initiative parlementaire, fut emporté avec elle, et la question est toujours restée en France à l'ordre du jour.

Quant à la Belgique, elle avait une loi du 8 juillet 1841 sur le duel. Les auteurs de la révision criminelle ont repris cette loi, l'ont complétée et perfectionnée, et elle a pris place dans le nouveau Code Pénal (articles 423-433). Le rapporteur de la Chambre des représentants constate que « cette loi a produit les meilleurs fruits; qu'elle a eu pour résultat de diminuer singulièrement le nombre des duels. »

La loi punit le duel en lui-même; elle punit aussi tous les actes qui tendent à le faire naître; elle s'attaque enfin aux complices et aux témoins du duel.

47. La peine du duel en lui-même est différente selon les résultats qu'il a eus. Celui qui dans un duel a fait usage de ses armes contre son adversaire, sans qu'il en soit résulté d'homicide ni de blessure, est puni d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de 200 francs à 1,000

[1] Quelques partisans du duel avancent une raison semblable : le duel aurait pour effet d'entretenir la politesse des mœurs; la crainte d'exposer sa vie empêcherait certaines grossièretés que la loi pénale ne peut atteindre.

[2] Ce rapport a été publié par la *Revue critique*, t. XI, p. 414, et XII, p. 27.

Digitized by Google

francs. Celui qui n'a pas fait usage de ses armes est puni, comme celui qui aurait simplement provoqué en duel, d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs (art. 426). — Celui qui dans un duel a blessé son adversaire est puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 300 francs à 1,500 francs (art. 427). — Si les blessures ont causé une maladie ou une incapacité de travail personnel, l'emprisonnement est de trois mois à deux ans, l'amende de 500 francs à 2,000 francs (art. 428). — S'il en est résulté une maladie incurable ou une mutilation, l'emprisonnement est de six mois à trois ans, l'amende de 1,000 francs à 3,000 francs (art. 429). — Enfin, celui qui dans un duel a donné la mort à son adversaire, est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans, et d'une amende de 2,000 francs à 10,000 francs (art. 430).

Les pénalités ainsi graduées frappent donc tout individu qui a pris part à un duel, n'eût-il pas fait usage de ses armes contre son adversaire, à plus forte raison s'il en a fait usage sans l'atteindre. Ces deux hypothèses, qui échappent au droit commun sur les coups et blessures, tel qu'il est appliqué en France[1], une loi spéciale sur le duel peut avec raison les soumettre à sa répression : car alors c'est le duel, et le duel seul, qu'il s'agit de punir; c'est un délit spécial, commun aux deux adversaires.

La loi belge s'est, du reste, abstenue de toute définition du duel. « Le mot duel, comme le disait en 1841 le ministre de la justice, M. Ernst, exprime une idée plus claire et plus complète qu'une définition quelconque. » Les législateurs ont vu un duel dans tout combat convenu et réglé à l'avance sous l'empire du préjugé qui porte les hommes à se battre en combat singulier; il n'y a point à distinguer selon la nature des armes : il peut y avoir des duels au couteau, au bâton, ou même à coups de pierre ou à coups de poing; un défi et l'acceptation d'un défi, voilà les signes caractéristiques. Le duel se distingue par là de la rixe, qui est aussi un combat volontaire des deux parts, et directement déclaré, mais non convenu d'a-

[1] A moins qu'on ne s'avise de poursuivre celui qui a été blessé comme complice du délit dont il a été victime : pourquoi pas?

Digitized by Google

vance. Les législateurs belges ont songé un moment aux blessures portées dans une rixe; mais c'était pour aggraver à leur égard les dispositions du droit commun, et pour les frapper des peines applicables en cas de préméditation[1] : cette disposition a disparu de la rédaction définitive, mais la distinction du duel et de la rixe n'en reste pas moins bien tranchée.

48. Ce n'était pas assez de punir le duel ; il fallait en empêcher autant que possible les occasions. Aussi la provocation en duel est-elle punie d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 100 francs à 500 francs (art. 423); la même peine s'applique à celui qui a décrié publiquement ou injurié une personne pour avoir refusé un duel (art. 424). Ceux qui, d'une manière quelconque, ont excité au duel sont punis comme coauteurs, et non pas seulement comme complices, si le duel a eu lieu; et dans le cas même où il n'a pas eu lieu, ils sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 100 francs à 1,000 francs (art. 431). Ils sont donc punis plus sévérement que celui qui aurait directement provoqué en duel : car ils ont voulu le combat sans en courir les risques.

Toutes ces dispositions, quoique sortant du droit commun, sont sagement conçues. Nous ne saurions approuver également la disposition de l'article 425, d'après laquelle « celui qui, par une injure quelconque, a donné lieu à la provocation est puni d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 francs à 1,000 francs, » c'est-à-dire d'une peine plus forte que le provocateur lui-même.

Bien que cette règle fût déjà écrite dans la loi de 1841, qu'elle ait été admise dans le projet de loi rapporté par M. Valette, qu'elle ait enfin pour elle l'autorité de plusieurs législations étrangères, elle nous semble, ainsi qu'à la commission de révision[2], contraire aux principes. Cette commission l'a dit avec raison, le système de la loi subordonne le taux de la peine applicable à l'injure à un événement fortuit. « L'offense suivie d'une provocation en duel, emporte une punition plus sévère, un châtiment exceptionnel, tandis que l'insulte bien

[1] Rapport au Sénat, séance du 9 mars 1866.
[2] Rapports adressés au ministre de la justice, p. 296-297.

Digitized by Google

plus grave que la première, mais qui n'a pas eu cette conséquence, reste soumise aux règles du droit commun. Or, la peine doit se mesurer, non d'après cette circonstance accidentelle, mais d'après l'intensité de l'outrage. » — Nous ajouterons : ce n'est pas seulement un événement fortuit qui aggrave la position de l'auteur de l'outrage, c'est un fait volontaire et illicite de son adversaire même. Si l'offensé se plaint devant les tribunaux, l'offenseur aura une peine légère, quelquefois même l'outrage sera jugé trop faible pour mériter un châtiment; s'il préfère commettre un délit, en proposant le duel, la peine de l'offenseur sera plus grave.

On dit, il est vrai : les tribunaux apprécieront; s'il leur paraît que l'offense n'était pas de nature à amener une provocation, que cette provocation est l'effet d'une susceptibilité exagérée, ils n'appliqueront pas l'article 425 ; l'injure restera soumise au droit commun[1]. — Qu'est-ce à dire? N'est-ce pas toujours une susceptibilité exagérée que celle qui fait commettre un délit? Qu'est-ce qu'une offense de nature à amener une provocation? En appelant le juge à faire cette appréciation, on le met en demeure d'examiner si, en présence de telle ou telle injure, il aurait ou n'aurait pas provoqué l'insulteur en duel, c'est-à-dire s'il n'aurait pas lui-même cédé au préjugé qu'il va punir. Cette disposition de la loi est elle-même un sacrifice offert à ce préjugé.

49. Nous craignons donc que le législateur ne soit allé trop loin, dans sa préoccupation d'atteindre le duel jusque dans ses causes les plus éloignées. Dans le même ordre d'idées, il lui restait encore à examiner une question grave, celle des témoins. Un usage à peu près constant exige l'assistance de témoins à tout duel quelconque, pour en assurer la loyauté : si on ne peut pas trouver de témoins pour les duels, la plupart sont empêchés par cela même. Ce n'est pas cependant que tout combat singulier sans témoins rentre dans la catégorie des rixes, ou fasse tomber ses auteurs sous l'empire des lois sur l'homicide et les blessures ordinaires : là n'est point le

[1] Rapport de la commission de justice au Sénat, séance du 10 février 1866. — Le rapport fait en 1861 à la Chambre des représentants se fonde sur cette seule considération que cette disposition sera utile pour empêcher les duels.

Digitized by Google

signe caractéristique du duel. Mais en fait, l'usage rend les témoins des auxiliaires presque indispensables.

Faut-il donc punir les témoins comme complices ? C'est encore une question sur laquelle la jurisprudence française a beaucoup varié ; elle est arrivée à les considérer comme complices ; mais dans la pratique, grâce à la latitude laissée par les circonstances atténuantes, la peine prononcée contre eux est toujours inférieure à celle qui atteint l'auteur principal. Le vœu de l'opinion est donc que les témoins soient en général punis moins sévèrement que les duellistes, quelquefois même qu'ils ne le soient pas du tout. La plupart du temps, ils ne font qu'un acte de condescendance arraché à l'amitié, ils se prêtent à organiser le duel dans la pensée d'empêcher un mal plus grand, et souvent ils n'assistent au combat qu'après avoir tenté par tous les moyens possibles une conciliation honorable. Le législateur est donc disposé à une certaine indulgence à leur égard ; il a aussi le droit de distinguer s'ils ont cherché à empêcher le duel, ou si, dans les règles qu'ils ont tracées aux combattants, ils ont eu en vue d'atténuer la gravité du résultat. En pareil cas, le projet présenté en 1851 à l'assemblée législative permettait aux tribunaux de ne prononcer contre eux aucune peine. La loi belge n'est pas entrée dans ces distinctions : elle a seulement considéré le résultat matériel du duel. N'a-t-il entraîné aucune blessure, les témoins sont à l'abri de toute poursuite ; a-t-il amené des blessures quelconques ou la mort d'un des combattants, les témoins sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 100 francs à 1,000 francs (art. 432). — Dans le cas du reste où les témoins ont méconnu leurs devoirs au point d'exciter au duel, ils sont punis comme coauteurs (art. 431) ; ils sont punis comme complices, conformément au droit commun, s'ils ont commis d'autres actes de complicité. Cette réserve, d'abord écrite formellement dans le projet de loi, en a été retranchée comme superflue.

Telle est l'économie de la législation belge sur le duel. Elle ne prononce jamais que des peines correctionnelles ; elle n'ajoute aucune incapacité aux peines corporelles et pécuniaires qu'elle édicte ; elle n'a pas non plus adopté cette disposition du projet de 1851, d'après laquelle le coupable d'homicide commis en duel peut être condamné à s'éloigner

Digitized by Google

pendant un certain temps du lieu du domicile de la personne qui a succombé. Dans ces limites, la répression est assurée par sa modération même; et le préjugé du duel est attaqué dans sa base, sans que, cependant, on ait eu à froisser l'opinion publique.

De la diffamation et de l'outrage.

50. Toutes les libertés ont pour limite le droit d'autrui. Mais, de tous les droits, le plus précieux est en même temps le plus malaisé à définir : c'est l'honneur et la considération de la personne. Quelle est l'étendue du respect auquel chacun a droit pour cette propriété immatérielle? A quel point, par conséquent, doit s'arrêter la liberté, presque aussi précieuse, d'exprimer sa pensée?

La calomnie publique est punissable, sans contestation; elle porte atteinte à une considération réelle et méritée ; mais la diffamation, la révélation de faits vrais, sont-elles dans le même cas? Au premier abord, il semble que la libre expression de la vérité soit préférable au respect d'une considération qui n'existe pas ou qui est usurpée. A plus forte raison, quand il s'agit de la simple appréciation, si peu flatteuse qu'elle soit, de faits publics et reconnus même de l'offensé.

Mais l'intérêt de la paix publique exige des tempéraments. Faut-il qu'on puisse, par pure malice, décrier indéfiniment l'homme qui a commis une faute? Peut-on aussi imposer à l'innocent la charge de prouver son innocence et la mauvaise foi du diffamateur? Peut-on même, en mettant la preuve à la charge du diffamateur, l'admettre à la faire par des moyens quelconques?

Ce ne sont pas encore les seules difficultés du sujet. Ne faut-il pas distinguer si les actes imputés rentrent dans la vie privée ou dans la vie publique? Les morts sont-ils, comme les vivants, protégés par la loi? Quelles imputations enfin tombent sous le coup de la loi, et dans quelles circonstances?

Le Code belge, sur la plupart de ces questions, a suivi les lois des 17 et 26 mai 1819. Nous examinerons avec lui les caractères de la diffamation, la question de preuve des faits diffamatoires, et enfin la question de la diffamation à l'égard des morts.

Digitized by Google

51. « Celui qui, dans les cas ci-après indiqués, a méchamment imputé à une personne un fait précis, qui est de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de cette personne, ou à l'exposer au mépris public, et dont la preuve légale n'est pas rapportée, est coupable de calomnie, lorsque la loi admet la preuve du fait imputé, et de diffamation, lorsque la loi n'admet pas cette preuve. » Telle est la définition donnée par l'article 443 du Code pénal belge.

La loi exige donc : 1° l'imputation d'un fait précis, de nature à porter atteinte à l'honneur ; 2° l'imputation méchante, c'est-à-dire l'intention de nuire ; 3° l'absence de toute preuve légale du fait imputé.

Cette dernière condition exclut donc la diffamation, toutes les fois qu'il existe une *preuve légale* du fait imputé. Cette expression, un peu obscure, de *preuve légale* s'explique dans les articles qui suivent : c'est la preuve par jugement ou par acte authentique. Il ne faut pas croire pourtant que toute imputation, même fondée sur un jugement ou un acte authentique, soit à l'abri d'une poursuite. Elle ne constituerait pas, sans doute, une diffamation ; mais, d'après l'article 449, « lorsqu'il existe, au moment du délit, une preuve légale des faits imputés, s'il est établi que le prévenu a fait l'imputation sans aucun motif d'intérêt public ou privé et dans l'unique but de nuire, il sera puni, comme coupable de *divulgation méchante*, d'un emprisonnement de 8 jours à 2 mois et d'une amende de 26 francs à 400 francs, ou d'une de ces peines seulement. »

Pour un lecteur inattentif, il pourrait y avoir une apparence de confusion ou de contradiction dans ces articles. Punir la divulgation méchante, lors même qu'elle repose sur une preuve légale, n'est-ce pas supprimer implicitement la restriction établie en matière de diffamation ? Les autres conditions du délit ne sont-elles pas, en effet, les mêmes : imputation d'un fait déshonorant et intention de nuire ? — La différence est facile à faire sentir. Pour le délit de diffamation, il faut une condition de plus que pour celui de divulgation méchante : l'absence de toute preuve légale ; mais, réciproquement, pour le délit de divulgation méchante, il faut un caractère de plus : le but *exclusif* de nuire. Ainsi, nous sommes en présence d'un fait dont il n'existe pas de preuve légale. Celui qui le livre à la publicité se rend coupable de

Digitized by Google

diffamation, dès lors qu'il agit méchamment, avec l'intention de nuire, c'est-à-dire avec connaissance et liberté; peu importe que, en agissant ainsi, il ait un autre mobile que cette intention directe de nuire, qu'il ait eu pour but, par exemple, de se faire préférer à la personne diffamée pour des fonctions quelconques, ou d'empêcher quelqu'un de traiter avec elle, ou enfin de servir dans une entreprise quelconque ses intérêts ou ceux d'autrui. Dès que le diffamateur a su qu'il portait préjudice, et qu'il a parlé néanmoins, il ne lui est pas permis d'argumenter d'une *direction d'intention*, et de soutenir que la diffamation n'a pas été pour lui un but, mais un moyen.

Au contraire, il s'agit d'un fait dont il existe une preuve légale : le délit de diffamation est devenu impossible, le délit de divulgation méchante le remplace-t-il nécessairement? Non ; il sera permis au divulgateur, bien qu'il ait agi en pleine connaissance de cause, de s'innocenter en démontrant qu'il a eu un motif d'intérêt public ou privé, qu'il n'a pas agi dans l'*unique* but de nuire; il pourra invoquer les raisons que tout-à-l'heure nous déclarions non-recevables de la part du diffamateur.

La distinction que nous venons d'indiquer a paru aux législateurs belges constituer un progrès notable sur la loi française. En créant le délit de divulgation méchante, ils ont voulu empêcher, dans l'intérêt de la paix et de l'harmonie sociales, qu'on ne remît sans cesse sur le tapis, par pure méchanceté, les faits à raison desquels un homme aurait été condamné. « Une seule objection a été faite, basée sur la difficulté d'appréciation, et, sur cette considération, que le but de nuire ne sera jamais unique, et que l'on pourra toujours soutenir qu'un intérêt quelconque a commandé la divulgation [1]. » Mais cette objection n'a paru avoir d'autre portée que d'imposer au juge une grande circonspection dans l'appréciation des faits.

Outre les trois conditions déjà exigées pour le délit de diffamation, il en faut une quatrième non moins essentielle : c'est la publicité de l'imputation. Le code belge énumère, suivant les données de la doctrine et de la jurisprudence, les différents modes de publicité. Les imputations sont diffama-

[1] Rapports au Sénat, séances du 10 février et du 12 mars 1866.

Digitized by Google

toires lorsqu'elles ont été faites : « soit dans des réunions ou des lieux publics, soit en présence de plusieurs individus dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter; soit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et devant témoins; soit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou exposés au regard du public; soit enfin par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes. » (Art. 444.)

La diffamation ainsi constituée est punie d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 26 francs à 500 francs.

Mais la preuve des faits diffamatoires peut-elle être admise? On sait que, chez nous, le décret du 17 février 1852 (art. 28) a repoussé la preuve par témoins de la vérité des faits diffamatoires, preuve qui était autrefois admise à l'égard des dépositaires et agents de l'autorité, et des personnes ayant agi dans un caractère public, pour les faits relatifs à leurs fonctions (loi du 26 mai 1819, art. 20). La loi belge a, au contraire, maintenu la distinction de la loi de 1819 entre la vie privée et la vie publique.

Pour tout fait qui rentre dans la vie privée, soit d'un particulier, soit même d'une personne publique, aucune autre preuve n'est admise que la preuve légale dont nous avons parlé, par jugement ou par acte authentique. Si le fait imputé n'est pas prouvé par un jugement, mais est actuellement l'objet d'une poursuite ou d'une dénonciation régulière, « l'action en calomnie est suspendue jusqu'au jugement définitif de l'autorité compétente. Si cette décision n'est pas rendue dans un délai à fixer par le juge, il sera passé outre à la poursuite du délit de calomnie. » (Art. 448.)

Pour imputations dirigées, à raison de faits relatifs à leurs fonctions, soit contre les dépositaires ou agents de l'autorité ou contre toute personne ayant un caractère public, soit contre tout corps constitué, le prévenu est admis à faire, par toutes les voies ordinaires, la preuve des faits imputés, sauf la preuve contraire par les mêmes voies (art. 447). « La vie publique du fonctionnaire, dit le rapport de la Commission de justice au Sénat, est essentiellement du domaine de la publicité.

Digitized by Google

Chaque citoyen a le droit et, en quelque sorte, le devoir de scruter ses actes et de les soumettre au contrôle de l'opinion. Or cette espèce de mission, qui appartient à chacun, rencontrerait des entraves, son accomplissement même deviendrait impossible, si la preuve par tous moyens de droit n'était admise pour justifier les faits qui sont imputés aux fonctionnaires et aux personnes de la même catégorie[1]. »

Cette règle imposée à la vie publique n'a souffert en Belgique aucune contradiction. Si quelques esprits ont marqué un penchant pour une règle uniforme, c'est plutôt pour celle qui admettrait dans tous les cas la preuve des faits diffamatoires. *Interest reipublicæ cognosci malos*, ont-ils dit avec l'ancienne maxime; empêcher la preuve, c'est en quelque sorte reconnaître le droit des coquins à passer pour d'honnêtes gens. « C'est une chose curieuse, dit un professeur distingué, M. Destriveaux, de voir la loi estimer assez chaque citoyen pour croire qu'il est impossible qu'il ait commis une action digne de mépris ou de haine, et mépriser assez chaque citoyen pour croire qu'il a menti, en imputant à un autre cette même action. D'un côté, c'est une honnêteté légale attribuée à chaque individu; d'un autre côté, c'est une calomnie légale attribuée à chaque individu[2]. » Il est certain que trop de sévérité dans la répression de la diffamation implique une certaine faiblesse dans les mœurs publiques, et énerve la crainte salutaire des jugements de l'opinion. Mais il faut songer aussi à la paix de l'État; il faut empêcher les rixes et les duels, et, à cet effet, imposer aux citoyens le mutuel respect de leur vie privée.

52. Ainsi se trouvent déterminées les conditions du délit de diffamation. Mais le code belge excepte de ses dispositions les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, lorsqu'ils sont relatifs à la cause ou aux parties. Il maintient seulement aux tribunaux le droit de prononcer la suppression des écrits calomnieux, injurieux ou diffamatoires, comme aussi de faire des injonctions et d'appliquer des peines disciplinaires à l'occasion de semblables actes (art. 461). Toutes ces règles sont conformes à la loi française (loi du

[1] Rapport à la séance du 10 février 1860.
[2] *Essais*, p. 146.

Digitized by Google

17 mai 1819, art. 23). Mais sur un point spécial, le code belge nous semble supérieur. La loi de 1819 permet, en pareil cas, de réserver soit l'action publique, soit l'action civile des personnes étrangères à la cause où s'est produite la diffamation. La réserve de l'action publique ou civile est toute naturelle lorsqu'il s'agit de personnes ou de faits étrangers à la cause, puisque la diffamation ne peut dès lors se justifier par l'intérêt de la défense ; et, dans cette hypothèse, la réserve ne devrait même pas avoir besoin d'être spécialement prononcée par les tribunaux. Mais inversement, cette réserve ne devrait jamais être accordée pour diffamation contre les parties pour des faits qui rentrent directement dans la cause; car en permettant de réserver l'action, on permet aussi de détruire le privilége accordé à la défense, l'immunité dont la loi couvre ses écarts de peur de gêner sa liberté légitime. C'est ce que le législateur belge a très-bien compris, quand il a décidé que « les imputations ou les injures étrangères à la cause ou aux parties pourraient (seules) donner lieu soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties ou des tiers. » (Art. 452).

On avait seulement proposé que le délit de diffamation ou d'injure ne pût alors être jugé que par le tribunal même devant lequel il aurait lieu. Ce système, qui n'a pas été admis, avait l'avantage de faire juger le délit par ceux qui étaient le mieux à même d'en connaître les circonstances et la portée; mais il aurait eu l'inconvénient de changer l'ordre des juridictions.

53. La question de la diffamation envers les morts, qui a si vivement ému l'opinion publique en France dans ces dernières années, ne pouvait manquer d'attirer l'attention des chambres de Belgique.

Quoi qu'on en ait dit, les droits de l'histoire sont ici en conflit avec l'intérêt de la mémoire des morts et la susceptibilité des familles. L'arrêt solennel de la Cour de cassation, qui a dernièrement essayé de résoudre la question en distinguant, n'a pu tracer la distinction avec netteté.

Sans doute, il y a des hypothèses extrêmes où aucun doute n'est possible. Si, d'une part, l'imputation n'est pas une attaque dirigée par un sentiment d'animosité privée, soit envers le mort, soit envers sa famille; si elle s'attaque, non à

Digitized by Google

la personne, mais au personnage, non à l'homme dont la cendre repose, mais à la figure qui vit dans l'histoire; si, d'autre part, elle ne peut nuire en aucune façon à la considération de la famille, il n'y a pas diffamation, il y a un acte d'historien, d'historien partial, si l'on veut, mais rien de plus. Si, au contraire, les deux conditions qui manquaient tout à l'heure se trouvent réunies, si le mort insulté n'a pu l'être que comme personne privée, si sa famille a subi une atteinte directe des propos qui ont été tenus, il est certain qu'il y a là un fait assimilable à la diffamation.

Si dans un livre, j'ai malmené Louis XI ou Louis XIV, on ne peut raisonnablement me taxer de diffamation; ce n'est point à leur personne que j'en ai voulu; et quant à leur famille, elle est en dehors des allégations de l'historien. Si au contraire, dans la ville où les enfants de Pierre, épicier en son vivant, continuent son commerce, je publie que Pierre a commis telle ou telle friponnerie, je suis bien près de la diffamation.

Mais il peut aussi se rencontrer des hypothèses mixtes où la chose est moins claire. Un premier ministre vient de mourir; dès le premier jour, il est entré dans l'histoire; et pourtant l'historien qui veut s'emparer de lui, sait qu'en peignant le personnage sous certaines couleurs, il peut nuire à la considération de la famille, que ces souvenirs encore vifs peuvent refroidir pour elle la faveur du peuple ou celle des rois; il parle néanmoins; il agit sciemment : sera-t-il un diffamateur? Autre hypothèse : il s'agit d'un homme obscur, et qui n'a joué aucun rôle; un autre attaque sa mémoire, mais sans songer le moins du monde que ses héritiers puissent en être atteints; ces héritiers eux-mêmes sont des parents éloignés qui ne souffrent aucun préjudice des attaques dirigées contre leur auteur; enfin, l'imputation s'arrête bien réellement à la mémoire du défunt : y a-t-il diffamation?

Là est la double difficulté, morale autant que légale, de cette question. Les chambres belges paraissent d'abord s'être exclusivement occupées du droit des héritiers, et moins encore en les considérant comme blessés dans leur affections légitimes [1], que comme atteints, par suite du préjugé social, dans leur propre considération. Le rapport de la commission de la chambre des

[1] *In pœnalibus actionibus affectus non æstimatur.*

Digitized by Google

représentants, en 1861, donnait comme une interprétation anticipée du projet de loi un arrêt de la Cour de Bruxelles, en date du 16 février 1827, dont voici les principaux motifs :

« Considérant que, quelle que puisse avoir été dans les temps antérieurs et sous l'empire des lois existantes, la jurisprudence des Tribunaux, ni les termes que présente l'article 367, de même que l'article 375 qui le suit, ni la combinaison de ces articles avec d'autres dispositions corrélatives du Code Pénal sur la matière, ni les discours des orateurs du gouvernement devant le Corps législatif de France, n'établissent d'une manière positive que la loi admette ou confère une action pour les outrages dirigés contre la mémoire des morts, et que si de pareils outrages peuvent donner ouverture à une action, ce ne peut être qu'au profit du tiers, sur l'honneur duquel l'attaque dirigée contre le défunt aurait une telle influence qu'il se trouverait personnellement exposé au mépris ou à la haine de ses concitoyens, et que par suite il devrait être envisagé comme personnellement compromis par les imputations outrageantes, et ayant un intérêt immédiat à en poursuivre la réparation ;

« Considérant que l'imputation fausse publiée par la voie d'un journal, d'avoir été accusé de concussions, déprédations et excès en tous genres... constitue la diffamation prévue par l'article 375 du Code Pénal, et qui, bien qu'elle soit dirigée contre un mort, rejaillit immédiatement sur sa veuve et ses enfants, et tend directement à les exposer au mépris, soit à raison de leurs rapports avec le défunt, soit comme héritiers ou possesseurs de sa fortune. »

On le voit, il n'y a rien dans cette jurisprudence pour la personnalité du mort. Mais dans le cours de l'élaboration législative, on arriva à l'idée de protéger directement la mémoire des morts, en les considérant comme des personnes véritables. La commission de la justice proposa en ce sens au Sénat une rédaction très-explicite. Après avoir établi que les délits de calomnie, de diffamation ou de divulgation méchante, commis contre des particuliers, ne pouvaient être poursuivis que sur la plainte de la partie offensée, elle continue ainsi : « Si la personne est décédée sans avoir porté plainte, et sans y avoir renoncé, ou si la calomnie et la diffamation ont été dirigées contre une personne après son décès, la poursuite ne peut

Digitized by Google

avoir lieu que sur la plainte de son conjoint, de ses descendants, ascendants ou héritiers légaux jusqu'au troisième dégré inclusivement [1]. » Cette rédaction a passé dans le texte définitif (art. 450); et il a été formellement expliqué qu'on entendait protéger « la mémoire et le respect des morts, qui de tout temps ont été considérés comme choses sacrées. » Il n'est donc plus nécessaire que les héritiers soient atteints directement par la diffamation; cependant, en restreignant aux parents jusqu'au troisième degré et au conjoint le droit de porter plainte, on a manifesté l'intention de punir dans le cas seulement où une affection légitime serait atteinte en même temps que la mémoire d'un mort. D'un autre côté, la preuve des faits imputés, toujours réservée s'ils ont été accomplis par une personne publique dans l'exercice de ses fonctions, sauvegarde la plupart du temps les droits de l'histoire.

54. Au-dessous de la diffamation se trouve l'injure, c'est-à-dire toute atteinte portée intentionnellement à l'honneur ou à la considération d'une personne, sans qu'on y puisse trouver l'imputation d'un fait précis. Il fut question, à diverses reprises, dans la discussion du Code belge, d'en faire un délit de police correctionnelle, au moins dans certains cas donnés; mais, en définitive, l'injure a été rangée parmi les contraventions de simple police, qu'elle atteigne un particulier ou un fonctionnaire public.

Cependant, pour protéger les dépositaires des pouvoirs publics, on a maintenu un délit dans lequel rentre souvent l'injure, c'est l'*outrage* commis contre eux dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions (art. 275 et suiv.). Cet outrage est puni d'un emprisonnement de huit jours à un mois et d'une amende de 26 fr. à 200 fr., s'il s'adresse à un officier ministériel ou à un agent dépositaire de l'autorité ou de la force publique, et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois, et d'une amende de 50 fr. à 300 fr., s'il s'adresse à un ministre, à un membre des chambres législatives, ou à un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire [2]. Quand il s'agit

[1] Quatrième rapport de la commission de la justice sur les articles révisés et modifiés du titre 8, livre 2 (séance du 12 mars 1866).

[2] La révision a fait disparaître la disposition d'après laquelle les tribunaux pouvaient imposer à l'offenseur l'obligation de faire réparation

Digitized by Google

d'un ministre ou d'un membre des chambres législatives, la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte de la partie offensée.

L'outrage se distingue de l'injure à un double point de vue : 1° Il n'est pas nécessaire qu'il soit public pour être punissable; 2° En sens inverse, il n'y a outrage que si l'acte injurieux (parole, geste ou menace) est commis en présence de la personne offensée. Par là même on exclut l'idée d'un outrage par écrit : si l'écrit est rendu public, on rentre dans la diffamation ou dans l'injure ; s'il n'est pas rendu public, la loi pénale s'arrête, l'écrit eût-il même été adressé à la personne offensée [1].

Des coalitions.

55. Refuser aux ouvriers le droit de se concerter pour cesser de travailler aux conditions qui leur sont actuellement faites, c'est leur refuser la libre disposition de leurs personnes, c'est leur enlever le moyen d'obtenir les augmentations de salaire les plus légitimes : car que reste-il à faire à l'ouvrier isolé, s'il ne lui est pas permis de se réunir aux autres pour faire ses réclamations et retirer ses services, sinon à se condamner lui-même à mourir de faim ?

Refuser aux patrons le droit de s'entendre pour abaisser les salaires, c'est les condamner dans certains cas à une concurrence insensée et à la faillite; ou plutôt, c'est tenter une chose impraticable ; car, bien plus facilement que les ouvriers, ils peuvent établir entre eux une entente secrète, insaisissable aux recherches d'une police quelconque.

C'est pourtant ce qu'ont fait avec quelques différences de détail, la loi du 22 germinal an XI, le Code pénal de 1810 (art. 414-416), et la loi du 27 novembre 1849. La coalition, entre patrons ou entre ouvriers, a été considérée comme un délit, lors même qu'elle n'aurait été accompagnée d'aucune violence, d'aucune manœuvre frauduleuse.

La loi française des 1er-25 mai 1864, a fait, ce semble, un notable progrès en faveur de la liberté du travail. Par trois

(art. 226 C. pén.). Cette pénalité surannée était depuis longtemps tombée en désuétude, en Belgique comme en France.

[1] *Contra*, art. 222 du Code pénal français (loi du 13 mai 1863).

Digitized by Google

dispositions séparées, 1° elle a puni [1] le fait d'avoir amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir une cessation de travail, une hausse ou une baisse des salaires, etc., *à l'aide de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses;* — 2° elle a aggravé la peine de ces mêmes faits [2], s'ils ont été commis *à la suite d'un plan concerté*; — 3° elle a puni enfin [3] ceux qui, *à l'aide d'amendes, défenses, proscriptions, interdictions prononcées par suite d'un plan concerté,* auront porté atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail [4].

Le Code belge revisé contient une seule disposition et une seule pénalité. Son article 310 est ainsi conçu :

« Sera puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 26 fr. à 1,000 fr., ou d'une de ces peines seulement, toute personne qui, dans le but de faire la hausse ou la baisse des salaires, ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail, aura commis des violences, proféré des injures ou des menaces, prononcé des amendes, des défenses, des interdictions ou toute proscription quelconque, soit contre ceux qui travaillent, soit contre ceux qui font travailler. — Il en sera de même de tous ceux qui, par des rassemblements près des établissements où s'exerce le travail ou près de la demeure de ceux qui les dirigent, auront porté atteinte à la liberté des maîtres ou des ouvriers. »

Le législateur belge, pas plus que le législateur français, n'a obtempéré aux critiques de ceux qui ne voulaient aucune disposition sur les coalitions. « La coalition n'est pas punissable en elle-même, disaient les partisans de cette opinion; voilà le principe aujourd'hui proclamé par l'économie politique; si elle est accompagnée de voies de fait ou de fraudes, punissez les voies de fait ou les fraudes, mais punissez-les conformément au

[1] D'un emprisonnement de six jours à trois ans et d'une amende de 16 francs à 3,000 francs.

[2] En y ajoutant la surveillance de la haute police.

[3] D'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de 16 francs à 500 francs.

[4] Par une inconséquence véritable, on a laissé subsister dans l'article 417 du Code pénal le délit de coalition pure et simple entre les principaux détenteurs d'une marchandise pour en faire hausser le prix. Le Code belge (art. 311) ne punit au contraire que ceux qui auront opéré la hausse ou la baisse *par des moyens frauduleux.*

Digitized by Google

droit commun, frappez-les isolément, et sans tenir compte de la coalition qui s'est produite en même temps. » Ce raisonnement était spécieux, mais il n'était pas fondé. Sans doute si en même temps qu'il se produit des violences ou des fraudes, il se produisait une coalition sincère et juste, les violences et les fraudes devraient être envisagées isolément; mais précisément, les violences et les fraudes faussent la coalition, elles la jettent hors de ses conditions normales : au lieu d'un acte de liberté, elles en font un acte forcé, qui change les lois du marché d'une façon arbitraire et nuisible ; ce n'est plus une coalition, c'est la volonté de quelques-uns qui impose la hausse ou la baisse. Le raisonnement que nous avons cité reviendrait à dire, à propos de l'extorsion ou de l'escroquerie : « Il n'y a rien de plus légitime que la remise d'une chose par une personne à une autre; si le fait est accompagné de violences et de manœuvres frauduleuses, il suffit de punir ces violences ou ces manœuvres isolément, sans tenir compte de la remise qu'elles ont provoquée. »

Il reste donc seulement à savoir si le législateur a convenablement énuméré les moyens d'influence illicites qui peuvent être employés pour amener une hausse ou une baisse des salaires, s'il n'en a pas omis quelques-uns, ou s'il n'a pas à tort soumis à ses pénalités des actes légitimes ou indifférents. A cet égard, une comparaison entre la loi belge et la loi française peut présenter un certain intérêt.

L'une et l'autre considèrent comme moyens répréhensibles la violence et les menaces; la loi française ajoute les *voies de fait;* mais ce n'est guère là qu'une variante des violences. En revanche, la loi belge ajoute les *injures*. Ici, nous croyons que le but a été dépassé : les injures, si elles ne sont pas accompagnées de violences ou de menaces, peuvent-elles être considérées comme un moyen sérieux d'influence? Ne suffit-il pas de les punir séparément d'après le droit commun ?

Mais on ne trouve pas dans la loi belge les *manœuvres frauduleuses,* comme moyens punissables parmi ceux qui peuvent être employés pour forcer la hausse ou la baisse. Lors de la discussion au Corps législatif de la loi de 1864, c'est une des expressions dont on a le plus vivement critiqué l'introduction dans le texte : elle est vague, disait-on, elle prête à une appréciation arbitraire, et le juge pourra y faire rentrer tous les

Digitized by Google

moyens de persuasion quelconques. Ce reproche est exagéré : le dol, au même titre que la violence, peut vicier la coalition comme toute convention ; il peut l'empêcher d'être l'expression sincère de la volonté de ceux qui y prennent part ; il est donc permis au législateur de réprimer ce dol. Quant à l'expression de manœuvres frauduleuses, est-elle réellement vague ou trop compréhensive? C'est au contraire une de celles qui ont été le mieux déterminées par la cour de cassation ; car elle est déjà écrite dans la loi pour l'escroquerie. Il faut qu'il y ait de la part du coupable intention de faire croire à des faits faux, et qu'il sait tels ; il ne suffit pas qu'il ait allégué ces faits ; il faut qu'il ait employé pour y faire croire un système de manœuvres devant entraîner la persuasion chez la personne trompée ; il faut enfin que cette persuasion ait été de nature à décider cette même personne à l'acte où on voulait l'amener.

Au double point de vue de l'élimination de l'injure et de la prévision des manœuvres frauduleuses, la loi française a donc un avantage sur la loi belge.

Parmi les autres moyens employés pour porter atteinte à la liberté du commerce ou de l'industrie, les deux lois énumèrent les *amendes, défenses, proscriptions et interdictions*. Mais la loi belge les punit toujours, dès qu'elles ont eu le but illicite qu'elle prévoit ; la loi française ne les atteint que si elles ont eu lieu à la suite d'un *plan concerté*. — Elle est donc plus libérale en ce point que la loi belge ; mais du reste, l'une et l'autre nous semblent d'une application assez délicate. Que veut-on punir ? Sont-ce les défenses ou les interdictions que s'engagent entre eux à respecter, ceux qui sont volontairement entrés dans une coalition? Sont-ce les amendes qu'il se sont soumis à payer pour le cas où ils enfreindraient les défenses? Il suffisait dans tous les cas de déclarer que ces défenses, interdictions et prononciations d'amendes ne donneraient lieu à aucune action ; et dès lors, s'il n'y a ni menaces ni voies de fait, il n'y a rien à punir. — S'agit-il au contraire des défenses, interdictions ou amendes que certains individus auraient prononcées, de leur autorité privée, à l'encontre de quiconque ne suivra pas la loi de la coalition? Quelle importance attacher à ces manifestations, si elles ne sont pas non plus accompagnées de menaces ou voies de fait? On ne trouve

Digitized by Google

pas même ici le moyen d'influence morale que fournissait dans l'autre hypothèse la participation volontaire à la coalition. Dans le système de la loi belge l'exagération devient frappante : se figure-t-on un individu, seul, sans contact avec personne, s'érigeant en gouverneur d'État, décrétant des interdictions, prononçant des amendes, n'employant d'ailleurs ni la menace ni la violence, et un législateur assez prévoyant pour craindre que la liberté ne soit en péril?

La loi belge prévoit enfin, outre les faits énumérés dans la loi française, le fait de ceux qui, par des rassemblements près des établissements de travail ou de la demeure des patrons, auraient porté atteinte à la liberté des maîtres ou des ouvriers. C'est là un mode d'intimidation plus sérieux ; mais, comme il va rarement sans menaces ou voies de fait, le législateur français a pu sans inconvénient le négliger [1].

Dans l'ensemble des dispositions que nous venons d'analyser, le Code belge nous semble, en somme, un peu inférieur à la loi française de 1864. Mais en revanche, le droit de coalition trouve en Belgique un puissant auxiliaire dans le droit de réunion, qui ne peut être soumis à aucune mesure préventive (art. 20 de la constitution).

Des abus de confiance, escroqueries et tromperies.

56. La règle du Code pénal de 1810, qui punissait le détournement et la dissipation des valeurs confiées pour les rendre ou représenter ou pour en faire un emploi déterminé, mais seulement en cas de dépôt ou de remise pour un travail salarié (art. 408), a été généralisée par le nouveau Code belge, ainsi que par la loi de 1863 en France. Mais tandis que le législateur français a cru devoir, pour cette généralisation, énumérer les différents titres sous lesquels des valeurs pourraient être confiées, louage, dépôt, mandat, nantissement, prêt à usage, obligation de faire un travail salarié ou non salarié, le Code belge a procédé plus simplement. Il a dit seulement : « Quiconque aura

[1] Peut-être en est-il autrement dans les pays du Nord, comme la Belgique et l'Angleterre, où l'on voit parfois des foules patientes et tenaces stationner sur un point, et, sans un cri, sans une violence, en défendre les abords par la seule résistance de leur masse.

Digitized by Google

frauduleusement, soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers...., qui lui auraient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un emploi déterminé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans, et d'une amende de 26 francs à 500 francs. — Le coupable pourra de plus être condamné à l'interdiction, etc. » (Art. 492.)

On voit aussi par ce texte que la peine du Code de 1810 (emprisonnement de deux mois à deux ans), est aggravée : le maximum devient le même que pour le vol simple et l'escroquerie; le langage du monde, qui, comme celui du droit romain, confond tous ces faits sous la dénomination commune de *vol*, semblait indiquer au législateur une même immoralité dans leur perpétration.

La loi belge, à un autre point de vue, a encore justement adopté cette assimilation; elle a déclaré applicable à l'abus de confiance, à l'escroquerie et à la tromperie, la disposition de son article 462, emprunté en grande partie à l'article 380 du Code de 1810. Ces délits, de même que le vol, ne peuvent être poursuivis criminellement « s'ils sont commis par des époux au préjudice de leurs conjoints ; par un veuf ou une veuve, quant aux choses qui auraient appartenu à l'époux décédé[1]; par des descendants au préjudice de leurs ascendants, par des ascendants au préjudice de leurs descendants, ou par des alliés au même degré. — Toute autre personne qui aura participé à ces vols, ou recélé tout ou partie des objets volés, sera punie comme si la disposition qui précède n'existait pas[2]. »

57. Quant à l'escroquerie, les éléments constitutifs sont les mêmes dans le Code belge que dans l'article 405 du Code pénal révisé en 1863. Cependant la loi belge est moins sévère pour la tentative.

[1] Cette disposition, qui se trouve aussi dans l'article 380, n'est-elle pas trop générale dans ses termes? Elle s'applique très-justement tant que les objets ne sont pas sortis de l'habitation de l'époux décédé; mais quand une fois ils ont été remis aux héritiers de cet époux, *a fortiori*, quand ceux-ci les ont transmis à des tiers, le vol rentre complétement dans le droit commun : la loi aurait dû le dire.

[2] Cette rédaction lève toute difficulté à l'égard des complices et des coauteurs, tandis que le Code de 1810 ne s'applique expressément qu'aux recéleurs et aux complices qui ont effectivement profité du vol.

Digitized by Google

On sait les difficultés qui s'étaient élevées, sous l'empire du Code de 1810, sur le point de savoir où commençait la tentative punissable en matière d'escroquerie. — Dans un premier système, celui de MM. Chauveau et Faustin Hélie, il ne pouvait y avoir tentative punissable que s'il y avait eu non-seulement remise des objets, mais encore commencement de détournement ou de dissipation; les actes de détournement ou de dissipation étant seuls susceptibles de constituer le délit, le commencement d'exécution de ces actes était indispensable pour constituer la tentative; jusque-là, il ne pouvait y avoir que des actes préparatoires. — Dans un autre système, que suivait la jurisprudence[1], l'infraction était consommée par la remise des objets, s'il s'agissait de *choses dont la possession était le but dernier de l'agent*, comme de l'argent, des meubles corporels, la tentative exigeait, par conséquent, que la remise eût eu un commencement d'exécution; pour cette hypothèse, il était assez difficile de concevoir une tentative distincte du délit consommé; car la remise est un fait instantané, peu susceptible d'un commencement d'exécution. La tentative se distinguait nettement au contraire, dans le système de la jurisprudence belge, lorsque les objets remis étaient des obligations ou des titres n'ayant pas en eux-mêmes leur valeur, mais permettant de se faire délivrer des sommes d'argent ou d'autres effets; alors, le délit était consommé, lorsque les sommes ou effets auxquels les titres donnaient droit avaient été délivrés : il y avait simple tentative dès que le titre avait été remis; car, dans ce cas, celui qui avait remis le titre n'était pas dépouillé actuellement, mais son dépouillement était en cours d'exécution. Ainsi, la jurisprudence exigeait toujours, pour punir, qu'il y eût remise des objets, commencée ou achevée; toujours aussi, elle punissait l'obtention de cette remise par des moyens frauduleux, tantôt comme escroquerie consommée, tantôt comme tentative d'escroquerie. — Enfin, un troisième système se montrait plus sévère encore que celui de la jurisprudence : dès que les manœuvres fraudu-

[1] La jurisprudence française a présenté des variations sur ce sujet; elle a cependant suivi ce second système après avoir penché vers le troisième; quant à la jurisprudence belge, elle était, à ce qu'il paraît, bien fixée dans le sens que nous indiquons.

Digitized by Google

leuses avaient été pratiquées, en vue d'obtenir un objet, et que le succès n'en avait été empêché que par des circonstances indépendantes de la volonté de leur auteur, il y avait tentative d'escroquerie, lors même qu'aucune remise n'avait été commencée ni effectuée. Ce système confondait évidemment des actes préparatoires avec un commencement d'exécution; il était formellement démenti par le texte de l'article 405, pour lequel la remise était une condition *sine qua non*, non-seulement du délit consommé, mais de la simple tentative; aussi cette opinion trouvait-elle peu d'échos dans la dernière jurisprudence, et ses partisans faisaient-ils appel à une loi nouvelle pour la consacrer.

Ils ont obtenu satisfaction par la loi du 13 mai 1863, qui punit des peines de l'escroquerie « quiconque.... en employant des manœuvres frauduleuses.... se sera fait remettre ou délivrer ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations.... et aura par ces moyens, escroqué ou tenter d'escroquer.... » Il résulte bien clairement de cette loi : 1° que la remise, même sans détournement, consomme le délit d'escroquerie ; 2° que les manœuvres préparatoires, employées en vue d'obtenir la remise, sont punies comme tentative; la discussion au Corps législatif démontre surabondamment la pensée des auteurs de la loi. Mais cette loi ainsi entendue constitue une dérogation manifeste aux principes de l'article 2 du Code pénal sur la tentative ; car la tentative est un commencement d'exécution, et des manœuvres ne sont pas un commencement d'exécution de l'acte de se faire remettre des valeurs ; elles ne sont qu'un acte préparatoire, qu'un moyen d'arriver à ses fins. Si c'est la remise qui constitue dans tous les cas le délit, comme cette remise est un fait instantané et indivisible, non susceptible par conséquent d'un commencement dans son exécution, la conséquence à tirer de là, c'est qu'il n'y a pas de tentative d'escroquerie : ou il y a escroquerie consommée, ou il n'y a que les actes préparatoires.

Les Chambres belges, après une discussion approfondie, sont arrivées à ce résultat; elles ont donc répudié le système de MM. Chauveau et Faustin Hélie, qui exigeait le détournement consommé ou commencé; elles ont répudié également la distinction de la jurisprudence belge, qui ne voyait dans la

Digitized by Google

remise qu'une simple tentative, s'il s'agissait de titres ou obligations; elles ont vu dans toute remise un délit consommé; mais aussi, elles ont repoussé l'assimilation des actes préparatoires avec la tentative; et pour consacrer toutes ces solutions, elles n'ont eu qu'à s'en tenir au droit commun en matière de délits de police correctionnelle, c'est-à-dire à ne pas parler de la tentative. « Quiconque, dit l'article 497 du nouveau Code, dans le but de s'approprier une chose appartenant à autrui, *se sera fait remettre ou délivrer* des fonds, meubles, obligations, quittances ou décharges, soit en faisant usage de faux noms et de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses....., sera puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de 26 francs à 3000 francs. »

58. La répression des tromperies sur les marchandises, qui fait chez nous l'objet de diverses lois (art. 423 du C. pén., révisé par la loi du 13 mai 1863, — loi du 27 mars 1851, — loi du 27 juillet 1867 sur les tromperies dans les ventes d'engrais), est établie de la façon suivante par le nouveau Code Pénal belge:

« Art. 498. Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 francs à 1000 francs ou de l'une de ces peines seulement, celui qui aura trompé l'acheteur, — sur *l'identité* de la chose vendue en livrant frauduleusement autre chose que l'objet de la transaction, — sur *l'espèce* ou *l'origine* d'une marchandise en vendant frauduleusement une chose semblable à l'objet demandé.

« Art. 499. Seront condamnés à un emprisonnement de 8 jours à un an et à une amende de 26 francs à 1000 francs, ou à une de ces peines seulement, ceux qui, par des manœuvres frauduleuses, auront trompé l'acheteur sur la *quantité* des choses vendues.

« Art. 500. Seront punis d'un emprisonnement de 8 jours à un an, et d'une amende de 50 francs à 1000 francs, ou d'une de ces peines seulement:

« Ceux qui auront falsifié ou fait falsifier des denrées ou boissons propres à l'alimentation, et destinées à être vendues ou débitées; — Ceux qui auront vendu, débité ou exposé en vente ces objets, sachant qu'ils étaient falsifiés; — Ceux qui, par affiches ou par avis, imprimés ou non, auront méchamment

Digitized by Google

propagé ou révélé des procédés de falsification de ces mêmes objets [1].

« Art. 501. Sera puni d'un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et d'une amende de 26 francs à 500 francs, ou d'une de ces peines seulement, celui chez lequel seront trouvées des denrées ou boissons propres à l'alimentation, et destinées à être vendues ou débitées, et qui sait qu'elles sont falsifiées. » — L'article suivant autorise les juges à prononcer l'affiche et l'insertion dans les journaux des jugements de condamnation, et le retrait de la patente du condamné, si la peine est de six mois d'emprisonnement ou davantage.

Ces dispositions sont complètes, précises et bien ordonnées. Il y aurait d'utiles éléments à leur emprunter dans une révision des lois françaises, surtout en ce qui concerne l'indication des diverses natures de tromperie.

De l'incendie et autres destructions.

59. Les deux révisions françaises de 1832 et de 1863 ont passé sur les articles 434 et suivants du Code pénal, sans arriver à proportionner les peines aux crimes en matière d'incendies. La première de ces révisions a fait un pas vers l'adoucissement de la répression, au moyen d'une distinction équitable, mais encore insuffisante; la seconde ne s'est point occupée d'adoucir la pénalité, mais d'établir une assimilation, d'ailleurs bien fondée, entre l'incendie des wagons ou voitures qui transportent des voyageurs et celui des maisons ou édifices habités.

Les auteurs de la révision belge se sont fait un point d'honneur d'étudier à fond la question de l'incendie. Dans leurs travaux préparatoires, ils ont comme pris à partie les législateurs de 1832, qui, se reposant avec confiance sur le système des circonstances atténuantes pour corriger les vices de la loi, avaient négligé des distinctions d'une importance capitale, et avaient prononcé la peine de mort contre quiconque aurait mis le feu à tous lieux habités ou servant à l'habitation,

[1] Cette dernière disposition est de trop : il faudrait être trop naïf pour s'y laisser prendre.

Digitized by Google

qu'ils appartinssent ou qu'ils n'appartinssent pas à l'auteur du crime, et aussi contre quiconque aurait mis le feu dans un autre lieu, si l'incendie avait occasionné la mort d'une ou de plusieurs personnes. — Mais, dans le cas où on a incendié des lieux habités ou servant à l'habitation, s'y trouvait-il réellement des habitants au moment de l'incendie? Dans tous les cas, l'incendiaire a-t-il dû ou non présumer qu'il se trouvait des personnes dans les lieux incendiés? L'incendie a-t-il réellement causé la mort de quelqu'un, ou de simples blessures, ou enfin n'y a-t-il eu aucun mal? Le feu a-t-il été mis le jour ou la nuit? — Toutes ces distinctions se présentent aux rédacteurs de la loi de 1832, et ils répondent par l'organe de leur rapporteur : « L'on ne saurait diminuer la pénalité dans le cas de la disposition finale de l'article 434, sans entrer dans une série de distinctions. » — « Quel raisonnement, grand Dieu! s'écrie le rapporteur de la commission belge de révision[1]: pour s'épargner la peine de faire quelques distinctions, il faut prononcer la peine de mort pour tous les cas sans exception. Trancher la tête au coupable, c'est en effet un moyen fort expéditif pour couper court à toutes les difficultés. »

Il y avait aussi à se préoccuper des incendies les plus fréquents peut-être, ceux qui sont allumés par le propriétaire dans les bâtiments qu'il a assurés, afin de toucher le montant d'une assurance exagérée; c'est là tout simplement une tentative d'escroquerie; d'après la loi française, il y faut appliquer la peine de mort, s'il s'agit de bâtiments servant d'habitation, les travaux forcés à temps ou la réclusion, s'il s'agit d'autres objets quelconques; car le Code a spécialement prévu les cas où, en mettant le feu à des objets dont on est propriétaire, on aurait volontairement causé un préjudice à autrui. Pénalité toujours exagérée: telle est en cette matière la règle de la loi française.

La loi belge a été plus modérée. Elle a distingué trois catégories d'incendies: « 1° Ceux qui mettent en péril la vie des personnes; 2° ceux qui, sans créer de danger, ont les effets les plus désastreux et s'attaquent aux habitations inoccupées, aux forêts, aux bois taillis, aux récoltes coupées; 3° ceux qui

[1] M. Haus, dont l'important travail est un véritable monument de législation comparée.

Digitized by Google

présentent un moindre degré d'importance [1]; » et dans ces catégories elle a établi de nombreuses subdivisions.

La *peine de mort* est prononcée lorsque l'incendie a causé la mort à une ou plusieurs personnes qui, à la connaissance de l'auteur, se trouvaient dans les lieux incendiés au moment du crime ou du délit. — C'est le seul cas où la peine capitale soit appliquée à l'incendie (art. 518).

Les *travaux forcés de seize à vingt ans* sont appliqués, d'après l'article 510, à ceux qui ont mis le feu à des édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers ou tous autres lieux quelconques servant à l'habitation, et contenant une ou plusieurs personnes au moment de l'incendie; à des édifices servant à des réunions de citoyens, pendant le temps de ces réunions; à tous lieux, même inhabités, si d'après les circonstances, l'auteur a dû présumer qu'il s'y trouvait une ou plusieurs personnes au moment du crime.

Les *travaux forcés de dix à quinze ans* sont prononcés contre ceux qui ont mis le feu, soit aux objets désignés par l'article 510, mais hors des cas prévus par cet article, soit à des forêts, bois taillis ou récoltes sur pied. Toutefois, si ces objets appartenaient exclusivement à ceux qui les ont incendiés, et que le feu ait été mis dans une intention méchante ou frauduleuse, les coupables sont punis d'un *emprisonnement d'un an à cinq ans*, et d'une amende de 200 fr. à 1,000 fr. (art. 511). Voilà le cas de la maison assurée, ramené à ses véritables proportions.

La *réclusion* est encourue par celui qui a mis le feu à des récoltes coupées, ou à des bois abattus et mis en tas ou en stères (art. 512). Dans tous les autres cas, des peines correctionnelles sont prononcées.

Toutes les peines ci-dessus sont élevées d'un degré (et on peut monter par conséquent jusqu'aux travaux forcés à perpétuité dans le cas de l'art. 519), si le feu a été mis *la nuit*.

Ces dispositions sont encore complétées par celles des articles 516 et 517. Si le coupable a mis le feu à des objets quelconques, mais dans l'intention de le communiquer à des objets dont l'incendie est puni d'une peine plus forte, ou si les

[1] Rapport au Sénat, séance du 12 mai 1863.

Digitized by Google

choses étaient placées de telle façon que le feu dût nécessairement se communiquer de l'une à l'autre, la peine la plus forte doit être prononcée. De même, d'après l'article 518, si l'incendie a causé des blessures à une ou plusieurs personnes que l'auteur de l'incendie savait être dans les lieux incendiés, le coupable sera condamné comme si ces blessures avaient été faites avec préméditation, si la peine ainsi encourue est plus forte que celle de l'incendie; dans le cas contraire, cette dernière peine sera élevée de deux ans au-dessus du maximum, si elle consiste dans la réclusion ou les travaux forcés à temps.

60. Les destructions par l'effet d'une explosion ou par inondation des travaux d'une mine sont soumises à des règles tout à fait semblables (art. 520, 547, 548); la peine de mort est prononcée dans le cas où le crime a entraîné la mort d'une ou plusieurs personnes qui se trouvaient, à la connaissance du coupable, dans les locaux détruits par l'explosion ou dans la mine inondée. L'analogie semblait également entraîner, conformément à la loi française de 1845, la prononciation de la peine capitale contre celui qui aurait causé la mort d'une ou plusieurs personnes en arrêtant ou en faisant dérailler volontairement un convoi sur un chemin de fer. Cependant la loi belge se contente d'édicter, en pareil cas, les travaux forcés à perpétuité (art. 408). La Commission de la justice explique ainsi cette pénalité : « Impossible de décréter la peine de mort contre des individus qui peuvent avoir eu l'intention vague et non précisée de nuire, mais qui n'ont pas eu pour but certain et précis de faire périr personne. Car ceux qui, surtout au début de la création des chemins de fer, voulaient entraver la marche des convois, ne se proposaient pas de porter atteinte aux voyageurs eux-mêmes; ils prétendaient plutôt effrayer et dégoûter du nouveau mode de locomotion [1]. » Ces raisons peuvent paraître insuffisantes : nous ne sommes plus au début de la création des chemins de fer; et celui qui conçoit le projet de faire dérailler un convoi sait parfaitement les conséquences terribles que doit avoir son action; il a donc, s'il y persiste, la perversité de l'assassin, et il doit être puni de même. Mais le législateur belge, rassuré par la rareté de ce

[1] Rapport au Sénat, séance du 12 mai 1863.

Digitized by Google

crime, a craint de prodiguer la peine de mort; et il en a ainsi diminué l'empire au risque d'une inconséquence.

CONCLUSION.

61. Notre but, dans cette analyse partielle, n'a pas été seulement de rendre hommage à un grand travail d'élaboration législative, ni de provoquer avec la loi qui nous régit des comparaisons stériles ou purement théoriques. Nous n'avons pas eu non plus la prétention d'attirer directement l'attention de ceux qui président chez nous aux réformes des Codes.

Ce que nous avons voulu, c'est prendre une faible part à un mouvement d'idées trop peu marqué en France; c'est entrer dans un système d'étude pratique, mais pratique à sa manière, sur la législation pénale. Ce système d'étude n'est pas une pure spéculation philosophique, à laquelle on pourrait reprocher de méconnaître les nécessités de la vie réelle. Il recherche ce qui se fait, ailleurs que chez nous sans doute, mais dans des conditions sociales à peu près identiques; il compare les besoins auxquels satisfont les lois diverses et les résultats qu'elles produisent; il obtient ainsi des résultats jugés par une expérience positive.

La grande raison qu'on oppose, et avec raison souvent, aux innovations législatives, c'est l'incertitude de leurs effets, les inconvénients cachés qui peuvent en sortir dans l'application. Lors même que l'ensemble paraît répondre à une idée juste et utile, on craint que le détail ne puisse être organisé d'une façon vraiment avantageuse. Presque toujours l'étude des législations étrangères peut fournir la réponse à cette objection. Malheureusement, elles sont peu connues en France; et si quelquefois on en invoque les principes, c'est avec l'ignorance la plus complète des détails d'organisation : qui n'a plus ou moins cité, par exemple, les institutions de l'Angleterre, sans connaître par quels ressorts elles fonctionnent?

L'étude des textes de la loi étrangère, parfois même de la jurisprudence qui les commente, peut seule éclairer bien des points obscurs. Par là, on obtient un travail tout fait et tout coordonné. Faut-il écarter une réglementation superflue, et supprimer par conséquent certains délits, on trouve tout éta-

Digitized by Google

blis les principes par lesquels on remplacera cette réglementation, toute fixée la limite nouvelle qu'il faut établir entre les actes permis et les actes défendus. Faut-il adoucir les peines applicables à un certain ordre d'infractions? On court le danger, si on n'a pas un guide sûr sous sa main, de rompre l'harmonie entre les diverses parties de la législation criminelle, parce qu'on n'aura pas eu l'idée d'abaisser en même temps la peine de certains autres délits du même ordre. Au contraire, en consultant les Codes étrangers, on trouvera souvent ce danger écarté par une sorte de transposition faite d'ensemble; ou, s'il y reste des dissonnances, elles auront été signalées par la pratique, et on profitera même des fautes commises.

Qui ne voit tout l'avantage que peuvent tirer de cette étude ceux qui réforment les lois? Mais il serait inutile, il serait quelquefois mauvais qu'ils fussent seuls à s'y livrer. Il faut qu'elle se fasse aussi dans l'esprit du public, qui est leur soutien et leur modérateur. Autrement, on aura beau voir dans les exposés des motifs et dans les rapports sur les lois la savante nomenclature des législations étrangères : qui pourra dire si la portée n'en a pas été exagérée, si on a bien placé les textes qu'on cite dans leur véritable milieu, si on n'a pas omis quelque institution destinée à en prévenir les inconvénients possibles? Qui pourra connaître les erreurs, involontaires ou non, que contiendra leur interprétation?

Voilà pourquoi nous nous adressons simplement aux quelques amis des études juridiques qui voudront bien nous lire; que les uns trouvent des renseignements de quelque intérêt dans notre travail; que les autres surtout en prennent occasion de pousser plus avant des recherches semblables; tous, ils forment une portion, si minime qu'elle soit, de cet esprit public que nous voudrions voir plus éveillé pour le perfectionnement des sciences morales. Les innovations, sollicitées d'en bas ou proposées d'en haut, les prendront moins au dépourvu; et sans le savoir peut-être, ils contribueront à la sincérité des progrès à venir.

62. En examinant dans cette vue une œuvre de perfectionnement accomplie hors de France, nous avons eu plus d'une fois à mettre en regard l'ouvrage primitif, c'est-à-dire le Code de 1810 ou de 1832, et le travail nouveau des Chambres belges; nous avons constaté souvent la supériorité du der-

Digitized by Google

nier. Ce résultat n'a rien qui doive nous choquer. Sans le modèle que nous avons fourni à la Belgique et à presque toute l'Europe, les travaux des étrangers eussent certainement été moins parfaits; ils ont profité de notre œuvre en l'améliorant, et les nouveaux matériaux qu'ils y ont ajoutés nous appartiennent aussi en grande partie; c'est la philosophie des criminalistes français qui a pris sa place dans leur œuvre; c'est surtout notre bien que nous revendiquons, lorsque nous allons reprendre aux étrangers le modèle de nos réformes, ou plutôt, nous cherchons à jouir avec eux de ces idées de vérité et de justice qui forment l'indivisible patrimoine de l'humanité :

Chacun en a sa part, et tous l'ont tout entier.

LÉOPOLD THÉZARD.

DE L'AVENIR DU DROIT EN FRANCE,

Par M. H. THIERCELIN, avocat.

Notre époque aura été marquée, depuis soixante ans, par la publication de grands et bons livres sur les différentes parties de la science du droit. Des intérêts nouveaux, dans une organisation sociale nouvelle, avaient créé de nouveaux rapports qu'il appartenait à la loi, à la doctrine et à la jurisprudence de régler. La doctrine n'a pas failli à sa tâche. Il est vrai que, à côté de publications recommandables, on voit pulluler des produits sans valeur. Tous les jours l'appât décevant d'une vaine notoriété fait éclore de ces choses destinées à mourir tristement dans l'ombre. Mais les morts ne comptent pas. Il restera encore assez de travaux d'un vrai mérite pour faire honneur à l'esprit juridique de notre temps : ils témoigneront que, dans la vaste étendue des connaissances humaines, le champ de la jurisprudence n'a pas été délaissé au point que les derniers venus n'y aient trouvé à moissonner.

Aucune partie de la science n'est restée en souffrance. Cependant rien de plus commun que d'entendre dire autour de

Digitized by Google

soi que le droit se meurt. Encore un peu, et l'on dira : Le droit est mort. Le droit ne peut pas mourir. Plus les rapports sociaux se multiplient, plus la science du droit trouve à s'alimenter. Les générations qui s'avancent ne paraissent pas devoir apporter dans la vie commune un tel désintéressement que, au lieu de questions de droit, il n'y aura plus que des questions de conscience à résoudre. L'esprit de contention n'est pas prêt de disparaître ; et comme les rapports sociaux feront toujours naître des conflits d'intérêts, il y aura toujours des casuistes en droit pour ces conflits et, dans un ordre plus élevé, de vrais jurisconsultes pour la doctrine.

Les plaintes, fondées ou non, sur la décadence du droit comme science, n'ont donc pas lieu d'émouvoir. D'ailleurs, on ne voit pas qu'il y eût beaucoup à s'alarmer qu'une science finît, si elle finissait parce qu'elle est complète ou devenue inutile. Supposons que tous les rapports que la loi et la jurisprudence ont pour objet de régler fussent, par impossible, définitivement fixés : faudrait-il gémir que l'esprit humain n'eût plus à déployer les hautes facultés qu'il a dû mettre en œuvre pour trouver les règles qui devaient présider à ces rapports? L'activité intellectuelle de l'homme serait-elle exposée pour cela à manquer d'objet? Doit-elle s'exercer à tout prix et continuer même dans le vide? N'y a-t-il plus de branches du savoir humain qui sollicitent l'attention et l'étude? L'inconnu et l'infini ne sont-ils pas là, ouvrant aux recherches un champ assez vaste? Hélas! la pauvre intelligence humaine n'en apercevra jamais les limites. S'il arrivait qu'une science eût dit son dernier mot, ce qui n'arrivera à aucune science, même à la plus humble, l'homme n'aurait pas à s'affliger, mais plutôt à s'enorgueillir.

Ce qui serait affligeant, c'est que la société vécût dans le chaos, faute de connaître le droit; c'est qu'elle tatonnât dans l'ombre, et qu'il ne se trouvât plus de sages pour entretenir ou rallumer le flambeau qui doit la guider. Y a-t-il aujourd'hui des droits méconnus par insuffisance de la science? Nous nous calomnierions de le penser. Chaque jour amène son œuvre, et chaque œuvre suffit au besoin du jour. La science du droit est à peu près ce qu'elle doit être, étant donnés l'état des mœurs et les travaux que nous ont laissés nos prédécesseurs. Cependant il peut n'être pas sans intérêt de savoir où en est

Digitized by Google

le droit comme science, pour ensuite rechercher, en empruntant une locution à Descartes, ce qui serait requis pour aller plus avant. C'est ce que nous voudrions tenter dans un rapide examen.

La jurisprudence a dans son histoire deux phases brillantes. Dans l'antiquité, à Rome, elle brilla d'un incomparable éclat sous les règnes d'Alexandre Sévère et de Caracalla; mais les Ulpien, les Papinien, les Paul avaient eu de glorieux prédécesseurs. Chez un peuple dur, avare, jaloux, sans grande élévation morale, médiocrement porté aux choses d'art et de poésie, positif avant tout, mais vigoureux d'esprit et persévérant dans ses desseins, le droit était, on peut dire, chez lui. Les philosophes d'un tel peuple devaient être conduits à se faire légistes. Jamais les Athéniens, différents de tous points, n'auraient fait du droit une science[1]. Le Droit, donc, prit à Rome un essor inconnu; il s'y développa dans des conditions sans pareilles; il y devint cette science modèle qu'il faudra toujours étudier, et à l'étude de laquelle la rectitude et la force d'esprit ne sauraient suppléer complétement.

La seconde moitié du XVIe siècle en France fut un second âge d'or pour la jurisprudence. Durant toute la période gallo-franque et pendant la longue nuit du moyen âge, la jurisprudence, d'abord complétement oubliée, puis dominée de très-haut par la théologie, n'avait produit que des essais fort imparfaits et l'insupportable fatras des glossateurs. Cependant la constitution de la société féodale avait créé des rapports inconnus dans l'antiquité. Le libre développement des mœurs nationales avait donné naissance à cette infinie variété de coutumes qui s'adaptaient si exactement partout aux inflexions de l'esprit local. Il fallait débrouiller ce chaos de coutumes diverses, contraires même en apparence, mais identiques dans leurs principes. Il fallait porter la lumière dans cet enchevêtrement de droits et de devoirs légaux nés de l'extrême complication des rapports sociaux. Et puis le vieux droit romain s'imposait

[1] Le droit était si bien dans les mœurs romaines que les sages étrangers devenaient jurisconsultes à Rome : Ulpien était originaire de Syrie, Papinien, de Phénicie; le nom d'Africain était un surnom. Beaucoup d'autres jurisconsultes de la belle époque, Modestin, Tryphoninus, Javolenus, etc., étaient Grecs.

Digitized by Google

avec l'autorité de la raison éternelle à cette société composée d'éléments si divers. Droit coutumier, droit commun, droit féodal, droit canonique, tout était, non pas à créer, mais à régulariser. Deux hommes de génie, Dumoulin et Cujas, entreprirent cette œuvre, l'un constituant la société civile de son époque, l'autre reconstituant au vrai la science juridique de l'ancienne Rome. A leur exemple, les esprits s'enflamment. Tout aussitôt vingt jurisconsultes, presque leurs émules, labourent le même champ dans toutes les directions. Les commentaires in-folio s'entassent, tous marqués au coin de la vraie science et de l'originalité. — On ne lit plus ces vieux commentateurs ; à peine les consulte-t-on quelquefois. Mais ne serions-nous pas ingrats d'oublier leurs noms ? Le XVIe siècle, dans l'espace de cinquante ans (1550-1600), a vu plus de grands jurisconsultes que les trois cents années qui ont suivi.

Les XVIIe et XVIIIe siècles ne furent cependant pas stériles pour la jurisprudence. Dans l'ardeur de leurs recherches, les grands jurisconsultes de la renaissance juridique n'avaient pu coordonner leurs immenses travaux. D'un autre côté, ils n'avaient pu songer à rattacher le droit à un principe supérieur. On acceptait tout alors, les coutumes, le droit féodal, les décrétales, la loi romaine, pour ce qu'ils étaient, et sans leur demander leurs titres. Au XVIe siècle, la scolastique règne encore sans partage ; la méthode logique de Dumoulin n'est autre que celle de saint Thomas. Au XVIIe siècle, on voit apparaître des jurisconsultes philosophes avec Grotius et son école. Domat trace sans y songer les premiers linéaments d'un Code, et rattache le droit civil à la morale chrétienne. Puis viennent les commentateurs des ordonnances ; jusqu'à ce que Pothier résume et condense, dans ses traités, toute cette science immense, profonde, déliée, mais éparse et souvent confuse, et prépare la grande œuvre législative de notre renaissance sociale, le Code civil.

On a tout dit sur l'heureux arrangement de ce Code et sa merveilleuse adaptation aux mœurs nées de la Révolution. Mais la part faite aux justes éloges qu'il mérite, nous pouvons bien, nous Français, reconnaître, sans que notre amour-propre national ait trop à souffrir, que, philosophiquement, c'est une œuvre assez faible. D'abord la moitié des articles qui le composent pourraient être rayés sans que le Code y

Digitized by Google

perdit rien ; il y aurait même à cela un notable avantage [1]. En second lieu, les auteurs du Code ont trop souvent résolu des espèces au lieu de poser des principes. Ces principes féconds, que Rossi a appelés *principes dirigeants*, ils semblent les avoir ignorés [2]; on dirait qu'ils ont voulu laisser à la doctrine le mérite de les découvrir et de les formuler. De là la difficulté qu'il y aurait à comprendre le Code en ne lisant que le Code, en apportant à son étude les seules forces de la raison. Enfin, il n'est que trop vrai que quand les auteurs du Code ont voulu innover, presque toujours ils n'ont rien vu de la portée logique de leurs innovations. Nous ne citerons qu'un exemple. Le Code déclare que la propriété se transfère par le seul consentement, quand l'acheteur et le vendeur sont d'accord sur la chose et sur le prix (art. 1138 et 1583). Quelle chose? Il ne peut s'agir ici que du cas où l'objet de la vente est un corps certain. Mais si la propriété se transfère dans ce cas par le seul consentement, il ne peut jamais y avoir dette d'un corps certain ; et si deux corps certains font l'objet d'une obligation alternative, la perte de l'un d'eux fait passer de plein droit la propriété de l'autre au stipulant, quoi qu'en dise le Code dans l'article 1193. Il suit encore du nouveau principe posé par le Code que toute la théorie de l'ancien droit sur la perte de la chose due, se trouve désormais sans objet. Cependant nous voyons des dispositions où le législateur prétend régler les effets de la perte de la chose due (1302 et 1303). En maint endroit, des dispositions particulières, empruntées inconsidérément à Pothier, au temps de qui la tradition était nécessaire pour la translation de la propriété, contredisent le principe posé dans les articles 1138 et 1583. (V. notamment art. 1192, 1193, 1194, 1243, 1245, 1247, 1264, etc., etc.). En un mot, le législateur a posé un principe nouveau et n'a rien vu des conséquences logiques qu'il entraîne.

Toutes les dispositions relatives à la réserve dans les successions témoignent de la même incertitude. Quel est le caractère de la réserve? La loi a-t-elle voulu limiter le pouvoir testamentaire dans certains cas? A-t-elle voulu, au contraire, conférer un droit individuel à chacun des héritiers

[1] V. nos *Essais de littérature du droit*, ch. I.
[2] *Mélanges d'économie politique*, t. I, p. 408.

Digitized by Google

réservataires? Il faut chercher, et la solution de cent questions dépend de l'opinion à laquelle on se rangera.

Dans le titre des Hypothèques on est arrêté à chaque pas. Il ne faut pas trop murmurer contre cette insuffisance philosophique des rédacteurs du Code. Plus savants, ils se fussent montrés moins habiles à saisir le véritable état des mœurs et à y adapter la loi civile. Mais la doctrine doit reconnaître le côté faible, pour chercher à le fortifier dans ses études et commentaires.

Dans ces critiques que nous nous permettons d'élever contre le Code civil, nous ne reprochons pas, qu'on le remarque bien, à ce Code de ne pas contenir une réponse toute faite pour toutes les difficultés qui peuvent survenir. Loin de là. Nous trouvons, au contraire, qu'il y a beaucoup trop d'articles ayant ce caractère. Ce que nous reprochons à ses auteurs, c'est d'avoir fait œuvre de jurisconsultes plutôt que de législateurs. Au lieu de poser la règle, le principe, la théorie législative, selon laquelle tout un ordre de questions doit être résolu, ils répondent à trois, quatre, cinq questions de même sorte. Quant à ce principe commun qui domine les dispositions de détail, et qu'il faudra appliquer à vingt autres questions d'un intérêt égal, ce sera à la doctrine de le trouver. De là une interversion de rôles. Le législateur s'est fait jurisconsulte, les jurisconsultes se feront législateurs. Cette façon de procéder, que l'on pourrait appeler empirique, a des effets fâcheux, qui se font particulièrement sentir dans les matières où les rédacteurs du Code ont voulu innover sur l'ancien droit. Le titre des Donations et Testaments, entre autres, est un chaos que, à cause de cela, on ne pourra jamais débrouiller complétement et définitivement.

Il est vrai que, à côté de l'inconvénient se place un avantage. La doctrine et la jurisprudence des tribunaux peuvent suivre, avec le Code tel qu'il est, plus facilement le progrès des mœurs. Comme elles ne sont pas gênées par des principes inflexibles, puisque très-souvent, ce sont elles qui les font, elles peuvent les accommoder aux besoins nouveaux. Mais il serait difficile d'affirmer que l'avantage et l'inconvénient se balancent. Ce que l'on peut dire, c'est que le Code ainsi fait enlève toute prise aux critiques qui s'en prennent au système même de la codification. Les adversaires de la codification, qui ont

Digitized by Google

maltraité si rudement notre Code civil il y a quarante ans, auraient été sans doute moins durs pour le système de la codification française s'ils avaient bien vu que le Code civil français ne supprime nullement la science. Que reprochait-on à la codification? d'arrêter tout essor scientifique, de fixer le droit, d'entraver le progrès, d'immobiliser les mœurs, de les emprisonner dans les nécessités de textes inflexibles, de préparer un temps où le désaccord éclatera entre l'esprit national et la loi écrite. Tous ces griefs et ces craintes sont évidemment sans fondement avec une loi dont les dispositions ne sont en très-grand nombre que des solutions de questions particulières; qui peut laisser passer entre les mailles de ses articles de loi toute théorie que justifierait l'accord des mœurs nationales avec l'équité; qui permet de déplacer, selon le besoin des temps, tel ou tel principe de droit, en vue des conséquences qu'on voudra lui faire produire ou des résultats qu'on voudrait éviter.

Quoi qu'il en soit des mérites très-réels du Code civil et des défauts qu'une critique peut-être trop sévère peut y trouver, le Code ne pouvait être le dernier mot de la science du droit. Les premiers commentateurs en ont suivi les dispositions pas à pas; cette méthode leur était imposée par la nécessité. En présence d'une loi nouvelle qui, sans rompre avec le passé, avait dû délaisser une notable partie de son bagage vieilli, qui avait dû choisir dans le dépôt de la tradition ce qui sera toujours conforme aux mœurs nationales, risquer prudemment quelques innovations, beaucoup et souvent transiger, le travail des commentateurs ne pouvait consister qu'à accommoder la loi aux mœurs nouvelles. Ils devaient bien se garder des théories aventureuses; car faire une théorie, c'est conclure. La jurisprudence des arrêts travaillait dans le même sens. Avec le temps, la doctrine s'est enhardie. Que lui reste-t-il maintenant à faire pour donner à la science du droit un peu de cette vie qui semble l'abandonner? Je le dirai d'un mot : Nous ne sommes pas assez philosophes.

J'ai hâte de protester tout d'abord de mon insurmontable aversion pour cette phraséologie ambitieuse, ces raisonnements creux, ces procédés charlatanesques, cette absence complète d'idées, ce pathos vide sous lesquels la philosophie nous est apparue plus d'une fois depuis quarante ans. Nul plus

Digitized by Google

que moi ne les a en mépris. Mais au-dessus de cette fausse science, qui n'a jamais provoqué que l'ébahissement de mystiques enthousiastes, mesurant volontiers la grandeur de l'idée à la capacité de la phrase, admirateurs d'autant plus chaleureux qu'ils comprennent moins, il y a la bonne philosophie française, simple, claire, sincère, point orgueilleuse, la philosophie de Descartes, de l'Allemand Leibnitz, de Royer-Collard, de Jouffroy, de Condillac même dans beaucoup de détails. Celle-là, toutes les sciences s'y rattachent. Elle parle la langue de tout le monde. Elle serre les questions de très-près, et ne s'échappe pas en vaines paroles. Il est inexplicable qu'elle soit à ce point délaissée dans l'ordre du droit, et que les jurisconsultes paraissent moins connaître les bases de leur science, avoir moins conscience de leurs procédés, que les naturalistes et les géomètres.

S'il nous appartenait d'émettre un vœu, nous souhaiterions que la science du droit fût en relations plus étroites avec les doctrines morales et logiques d'où elle découle et auxquelles elle emprunte ses procédés. Qui pourrait mieux fixer et entretenir ces rapports que les savants professeurs de nos Facultés de droit? Le droit n'est pas une science isolée. Si ce n'est pas la morale sous un de ses aspects ou, si l'on veut, un prolongement de la morale, je confesse n'y rien comprendre. Comment se fait-il alors que dans tant de livres, d'ailleurs recommandables à d'autres titres, le droit paraisse naître du Code civil? Nous oublions trop que le droit ou, si l'on veut particulariser, tout droit individuel, tout devoir de droit est une nécessité morale qui a sa raison d'être dans le devoir moral de l'homme. Je ne puis revendiquer un champ qu'en vertu du devoir que j'ai de faire servir les choses matérielles qui m'appartiennent à l'accomplissement des devoirs que la loi morale m'impose. De là l'obligation pour le jurisconsulte de connaître l'homme tout entier, comme être moral et social.

Les grands jurisconsultes du XVIe siècle étaient de leur temps. Dumoulin, Duaren, les Hotman, etc. étaient mêlés au mouvement politique et au mouvement religieux de leur époque. Ceux du XVIIIe siècle semblent avoir vécu en claustration au milieu d'une société dont l'état moral se transformait. Pothier était contemporain de Rousseau et de Voltaire, et, à la lec-

Digitized by Google

ture, nul ne le croirait. Il s'en faut que notre monde judiciaire soit à ce point étranger au courant des mœurs. Mais comment se fait-il que dans les livres il paraisse trop souvent vivre à part?

Assurément nous n'avons pas la pensée de convier les jurisconsultes à s'affranchir des textes législatifs; mais si la loi civile est née des mœurs et des nécessités morales du temps, le légiste qui la comprendra le mieux sera celui qui connaîtra le mieux ces nécessités morales et ces mœurs. Il connaîtra alors la loi dans son véritable esprit; et s'il empreint ses études écrites ou orales de cette science des mœurs et des nécessités morales, en se gardant bien du fatras et de tout appareil ambitieux ou pédantesque, il aura donné à ses démonstrations le plus haut degré de force qu'elles puissent avoir.

Dans ce système d'études, l'étude de l'histoire du droit a sa place au même titre que l'étude de l'état moral de la société. Quand j'emprunte un argument à l'histoire du droit, je suppose deux choses : d'abord que l'usage ou l'interprétation que j'invoque est né des nécessités morales de l'époque, ensuite que ces nécessités morales continuent de subsister. Si l'une de ces deux conditions manquait, l'argument historique serait absolument sans valeur; car il se trouverait ou bien que j'invoque un préjugé, ou bien que je fais application à l'état actuel d'une règle faite pour un état différent. Mais quand ces deux conditions de tout argument historique se rencontrent, le raisonnement a une force irrésistible : je n'émets plus alors une opinion individuelle, je répète une vérité que d'autres ont jugée telle avant moi, et qui a reçu la consécration du temps. — Au fond, la raison historique est identique à la raison philosophique.

Nous nous tromperions beaucoup si de larges études de droit civil, fécondées, vivifiées par des études morales sérieuses, présentées en langage ordinaire, n'ouvraient pas à la science du droit des horizons nouveaux. Après plus de soixante ans de travaux sur le Code, l'exégèse n'a plus rien à apprendre; pratiquée plus longtemps, elle laisserait apparaître les deux inconvénients inhérents à sa méthode : l'aridité et la subtilité. D'ailleurs, l'interprétation des textes par les textes relève plus particulièrement de la jurisprudence des

Digitized by Google

arrêts, et quatre-vingt volumes in-quarto d'arrêts ne se sont pas entassés sans qu'il en reste rien. La jurisprudence des arrêts fait le droit pièce à pièce. Comme elle procède sans parti pris, sans esprit de système, elle se modèle mieux sur les mœurs. La doctrine fait autre chose et le fait autrement. Sa mission est de rectifier la pratique judiciaire, d'étendre et de généraliser les raisons de ses décisions, de coordonner scientifiquement, de systématiser les principes qu'on en peut induire, et, en les systématisant, de les corriger en ce qu'ils peuvent avoir d'excessif. Sans doute elle n'y a pas absolument manqué; mais peut-être pourrait-on désirer qu'au lieu de s'en tenir à de vagues généralités, désormais elle pénétrât plus intimement ses théories juridiques des principes de la morale considérée comme une science et rattachée à la constitution morale de l'homme. — Ce que nous voudrions dire est plus facile à deviner qu'à faire comprendre ; mais on nous devinera sans effort, si l'on considère que le droit n'est nullement une science indépendante et se suffisant à elle-même. Il n'est pas possible de l'isoler sans l'amoindrir.

Il est une autre partie de l'étude philosophique du droit qui n'est peut-être pas non plus suffisamment cultivée. Toute science naturelle ou morale a sa philosophie, qui n'est pas la philosophie générale, ni même un chapitre de cette philosophie. La philosophie d'une science comprend deux ordres de vérités générales, l'ensemble des principes qui la dominent, mais dont il n'y a pas à faire immédiatement une application intéressée, et la collection des règles de méthode et de logique à son usage. Or non seulement un traité complet de philosophie du droit figure au premier rang des *desiderata* de la littérature juridique, si malheureusement débordante de richesses sur tant de branches, mais encore on ne sent pas assez dans la plupart des ouvrages modernes la force pénétante du véritable sens philosophique. Nous n'avons rien pour le droit civil, par exemple, à mettre à côté du Traité de droit pénal de Rossi, et dans les commentaires les plus estimés, les vues d'ensemble font presque toujours défaut, ou ne sortent pas assez du vague des généralités. Ce que l'on appelle les principes demeure lettre close, excepté dans l'enseignement de quelques hommes supérieurs de nos Facultés de droit. De là une véritable sécheresse, une étroitesse de vues qui se révèle au lecteur par la

Digitized by Google

froideur où le laisse son sujet. Je voudrais qu'aucune question ne passât pour résolue qu'à la condition d'avoir une place nécessaire dans une théorie d'ensemble. Il y a plus de théories et de questions qu'on ne croit, qui ont besoin, comme on dit, d'être prises de haut. Mais l'exégèse, hélas! nous a tués.

La méthode n'a pas non plus toute la sureté désirable, cette sureté que l'auteur n'a pas besoin d'annoncer, mais qui à la lecture se sent si bien. Cependant nul ne peut être véritablement, jurisconsulte sans de forte études de logique. Je ne connais pas de science qui requière, plus que la jurisprudence, l'emploi de plus de procédés logiques différents. Une question étant donnée, une seule manière de la traiter sera propre à produire la conviction; mais cette manière, ce procédé, il faudra le choisir entre plusieurs. Ici le jurisconsulte déduira, s'il a vis-à-vis de lui un texte peu discutable ; là il induira pour trouver un principe; ailleurs il *syllogisera*, analysera, etc., etc. Il sera tour à tour dialecticien, logicien, historien, etc., et son procédé lui sera imposé par la nature de la question qui se présente à son examen. Qui le lui indiquera? Le jurisconsulte qui a ce que l'on appelle le sens du droit, a des intuitions. Mais croit-on qu'entre toutes ces méthodes, autrement dit et en français entre toutes ces voies, il aura toujours le bonheur de choisir la meilleure, s'il n'a sérieusement médité sur la direction de chacune? Je suis profondément convaincu qu'au-dessus de toute question de droit controversée de quelque gravité, il y a une question de méthode, et que les divergences d'opinion se produiraient moins fréquemment si, avant de discuter, on pouvait convenir de la façon de discuter.

Nous n'avons pas à nous défendre ici d'une sévérité qui serait maladroite autant qu'injuste à l'endroit des grands travaux contemporains. Ils sont ce qu'il doivent être; mais ils ne sont pas plus destinés à durer éternellement que l'état social et moral au milieu duquel ils se sont produits. Il faut songer au lendemain. Ouvrons les yeux sur l'avenir, et n'oublions pas qu'en matière de jurisprudence l'avenir est toujours prochain. Or les questions de méthode tiennent intimement à tel ou tel état actuel de la science. Les jurisconsultes du XVIIIe siècle n'avaient pas les mêmes procédés logiques que ceux du XVIe siècle. Les commentateurs d'aujourd'hui ont une manière qui n'était pas celle des premiers commentateurs du Code, de

Digitized by Google

Grenier et de Chabot, et qui ne sera pas celle des jurisconsultes de demain.

Parmi toutes ces méthodes il en est bien une qui les comprend toutes, la méthode scolastique, empruntée à saint Thomas et pratiquée par Dumoulin. Avec celle-là on épuise les questions. Elle est éminemment propre aux époques appelées à résumer les travaux épars des époques précédentes; c'est la méthode des *sommes* théologiques ou juridiques. Mais la complication de l'appareil et la puissance de l'instrument dépassent trop souvent la valeur du produit à obtenir; l'emploi en est monotone, et le lecteur est promptement fatigué [1]. D'ailleurs elle a dans le droit un inconvénient; elle suppose toujours la question bien posée; et dans le droit la plus grande difficulté est souvent dans la position de la question.

La question posée au début de cette étude se représente maintenant: Est-il vrai que la science du droit se meure? Non, assurément, mais elle se déplace, elle change d'objet. Ainsi il n'y a plus de découvertes à faire, comme au XVIe siècle, dans le droit de l'ancienne Rome, à moins que quelque fureteur n'exhume (chose peu probable) quelque nouveau palimpseste de Gaïus. La philologie et l'histoire en ont fini avec le Digeste, comme avec Virgile et Tacite. On continuera d'étudier le droit romain pour soi; mais la science ne progressera plus, au moins d'une manière notable. Des travaux considérables sur les matières féodales et bénéficiales, qui tenaient à la constitution de l'ancienne société française et qui n'ont pas été sans influence sur le droit civil, sont pour jamais relégués dans les combles des bibliothèques publiques. Quant au droit privé, il s'applique à de nouvelles classes d'intérêts, particulièrement aux intérêts industriels et commerciaux. La science du droit français marchera toujours avec le temps; les recueils d'arrêts, dont les volu-

[1] Pour l'intelligence de ces lignes nous allons exposer en deux mots le procédé de Saint-Thomas et de Dumoulin. Dumoulin pose la question, puis il énumère une à une toutes les solutions proposées jusqu'à lui et qu'il doit rejeter : *Videtur quod... videtur quod...* Il propose ensuite sa solution et une à une toutes les raisons qui la justifient : *Sed mihi videtur...* Enfin reprenant les objections qu'il a commencé par faire connaître, il les réfute, toujours une à une. Comme on le voit, rien n'est plus opposé à la manière des jurisconsultes romains, qui vont droit et sans ambages à la raison de décider, toujours unique, et l'exposent en une ligne.

Digitized by Google

mes s'entassent chaque année, témoignent qu'elle ne s'est jamais arrêtée. Mais pour que le droit retrouve de beaux jours, il paraît indispensable que la doctrine renouvelle ses procédés.

Le succès dans toutes les sciences est soumis aux mêmes conditions. Ce qui est immobile est bien vite oublié. Croit-on que les Dumoulin et les Cujas auraient passionné leur temps au point que l'on sait s'ils n'avaient été les prophètes de vérités attendues? La foule ne s'intéresse qu'à ce qui naît et grandit. D'une science fixée, on ne prend que les résultats. J'admirerais que des légistes se donnassent la peine d'étudier laborieusement les maîtres de la jurisprudence, s'il n'y a rien à ajouter à leurs conclusions. Reconstruire à grands efforts, patiemment, pour son usage, un édifice achevé, c'est de la démence. L'art pour l'art se comprend, parce qu'il est à lui-même son but; la science pour la science sera toujours une niaiserie, attendu qu'elle n'a de raison d'être que par son utilité. Si nous n'avions plus rien à apprendre, rien à enseigner, il n'est que trop vrai qu'un bon recueil de sommaires d'arrêts suffirait désormais à toute bibliothèque de légiste.

Un bel esprit de l'ancienne Rome, un excellent historien, par malheur courtisan de Tibère, Velleius Paterculus, se demande comment il arrive que telle époque se signale par la production d'une foule de grands hommes dans le même genre, et puis que, cette génération passée, la nuit se fasse complétement[1]. Il trouve à cela plusieurs raisons, qu'il ne donne cependant que comme vraisemblables. La principale est l'émulation qu'un premier succès fait naître dans des esprits de même trempe. Ce concours d'esprits d'élite porte promptement l'art ou la science à sa perfection. Mais ce degré atteint, l'effort se lasse; *difficilis in perfecto mora; quod procedere non potest recedit.* Le découragement arrive, *studium cum spe senescit*, et la décadence est souvent aussi rapide que l'a été le progrès.

Ces raisons ne peuvent pas tout à fait expliquer les alternatives d'éclat et de sommeil de la science du droit. Ce mouvement alternatif s'expliquerait plutôt par l'état de la société à telle ou telle époque. Il est telle période de la vie d'un peuple où telle science n'a rien à faire qu'à cheminer lentement; un

[1] *Histor. rom.*, lib. I, cap. 16, 17 et 18.

Digitized by Google

Dumoulin, aujourd'hui, ne pourrait plus produire ses grands traités. Quand les relations civiles se compliquent ou se modifient, les difficultés surgissent; la science tâtonne d'abord; les éléments du droit nouveau s'amassent, jusqu'à ce qu'un homme de génie les coordonne et en quelque sorte les promulgue. Il ouvre la voie, et des émules viennent à sa suite, portés par le courant. C'est ce que l'on a vu dans la seconde moitié du XVIe siècle, et ce que notre société n'est point appelée à revoir, tout simplement parce qu'une science faite n'est plus à créer. Et puis il y a pour toutes les sciences et pour tous les arts des époques climatériques. Aujourd'hui, la foule, distraite par d'autres intérêts, ne se porte plus aux prétoires; les bruyantes acclamations n'encouragent plus les grands prêtres de la jurisprudence. Ce n'est plus de ce côté que l'on pressent l'avénement de ces vérités destinées à donner satisfaction à quelque besoin moral ou social indistinct. Mais qu'importe l'indifférence ou les cris de la foule? Les serviteurs de la science peuvent encore lui ouvrir de nouveaux horizons; ils peuvent ainsi, par d'heureux efforts, entretenir, ranimer même la science du droit, ce qui serait peu de chose, et servir efficacement la cause de la justice, ce qui est tout.

H. THIERCELIN.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence

COMPÉTENCE DES JUGES DE PAIX EN MATIÈRE DE CONTESTATIONS ENTRE VOYAGEURS ET VOITURIERS.

Par M. Bruneau,
Docteur en droit, juge de paix du premier arrondissement de Paris.

En matière de contestations entre voyageurs et voituriers, pour retards, frais de route, perte ou avaries de bagages accompagnant le voyageur, et lorsque la valeur du litige n'excède pas 1,500 francs, la juridiction des justices de paix est-elle, en toute hypothèse, seule compétente, par exclusion de la juridiction commerciale, aux termes de l'article 2, § 2, de la loi du 25 mai 1838?

Telle est la question très-controversée que l'on se propose d'examiner ici, en présentant au lecteur un résumé comparatif et une analyse critique des diverses décisions respectivement contradictoires fournies par la jurisprudence sur cette matière. Avant d'aborder ce sujet d'étude, qui n'est point, on le verra, sans intérêt, il convient de donner, au préalable, la nomenclature succincte des documents judiciaires par lesquels la question a été tranchée dans un sens ou dans l'autre, et auxquels il sera fréquemment renvoyé dans les développements qui vont suivre.

Ont décidé la négative, les arrêts suivants: Angers, 3 mai 1855 (Sirey, 1855, 2, 331); Poitiers, 12 février 1861 (Sirey, 2, 332); Rejet, 4 novembre 1863 (Sirey, 64, 1, 132); Metz, 28 mars 1867 (Sirey, 2, 238). — Voir, comme analogue, Caen, 25 mars 1846 (Sirey, 2, 481).

Pour l'affirmative, voir: Limoges, 2 mai 1862 (Sirey, 2, 195); Paris, 13 février 1844, 30 juin 1863, 15 février 1864, 9 décembre 1864, 6 novembre 1866 (Sirey, 2, 55, 331; 63, 163; 64, 68; 65, 111; 67, 290) et comme analogue: Chambéry, 14 juillet 1866 (Sirey, 1867, 2, 149).

A la suite de ce renvoi aux textes à consulter, et avant d'entrer dans l'examen du point de droit sur lequel pivote la

Digitized by Google

question proposée, il importe essentiellement de préciser l'intérêt pratique de la question elle-même. Cette digression nécessaire, qui comporte la solution préalable d'une première difficulté intéressant les règles de la compétence des tribunaux de commerce, et de plus la détermination par avance des hypothèses juridiques — en nombre restreint d'ailleurs — auxquelles devra être faite l'application des principes généraux à dégager, permettra de circonscrire exactement le nœud de la difficulté et en devra efficacement préparer la solution.

Aux termes de l'article 631 du Code de commerce, les tribunaux consulaires connaissent :

1° « *De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers.* » De cette première disposition, il n'y a rien à dire, si ce n'est qu'elle ne doit pas être prise dans un sens trop général et absolu, et que c'est avec raison que la jurisprudence, conforme en ce point à l'esprit du Code de commerce, décide qu'il n'y a lieu à compétence commerciale qu'autant que les engagements et transactions des commerçants entre eux ont trait à leur commerce. La qualité de commerçant, dans la personne des contractants, donne bien au contrat une présomption de commercialité; mais cette présomption tombe devant la réalité des faits [1].

2° « *Entre toutes personnes des contestations relatives aux actes de commerce,* » et la loi répute acte de commerce (article 632, § 2 du même code) « *toute entreprise de..... transports par terre et par eau* ».

Du rapprochement de ces deux dispositions, faut-il conclure que toute contestation, se rattachant à l'exécution d'un contrat de transport et entre toutes personnes, sera de la compétence exclusive des tribunaux de commerce? On l'a soutenu, en se fondant sur une interprétation strictement littérale de l'article 631, en diverses occasions et entre autres, en 1811, devant le tribunal de Niort et la cour de cassation, et une thèse tout à fait identique paraît avoir été consacrée en matière d'entreprise d'agences (article 632, § 3) par un jugement du tribunal civil d'Amiens rapporté au Recueil de Sirey sous un arrêt de

[1] Voir Locré (*Esprit du Code de commerce*) sur l'article 631 et les renvois faits, sous ce même article, au *Code annoté* de Sirey. — Voir, comme exemple, l'article 638 du Code de commerce.

Digitized by Google

cassation du 6 novembre 1843, qui se trouvera plus loin reproduit (voir Sirey, 1844, 1, 169). Mais ce serait, disons-le de suite, tomber dans une erreur certaine que de suivre une telle opinion; s'il est vrai de dire que toute entreprise de transport constitue un fait commercial, il est entièrement inexact de prétendre que le contrat de transport constitue toujours un acte commercial des deux parts [1]. Les véritables principes sur ce point, résultant suffisamment, d'ailleurs, de l'esprit de la loi commerciale, ont été formulés, dès 1811, par la cour suprême [2], et les motifs, *en thèse générale*, de la jurisprudence, à faire prévaloir en cette matière sont, ainsi qu'il suit, exposés dans un arrêt de rejet du 12 décembre 1836 :

« Attendu que si l'article 631 du Code de commerce porte « que les tribunaux de commerce connaîtront entre toutes « personnes des contestations relatives à des actes de com- « merce, il s'ensuit seulement que toutes personnes, même « non commerçantes, qui font entre elles des actes de com- « merce ou participent à des actes de cette nature, sont justi- « ciables des tribunaux de commerce, pour les contestations « qui peuvent s'élever par suite des actes de commerce aux- « quels elles ont pris part, mais qu'on ne saurait en conclure « qu'un individu non commerçant qui, traitant avec un com- « merçant, n'a pas fait acte de commerce, puisse être appelé « par ce commerçant devant la juridiction consulaire, sur le

[1] On peut imaginer des espèces où le contrat de transport sera purement civil, mais ces espèces ne seront pas dans la pratique très-communes, c'est pourquoi il n'en sera pas tenu compte dans les développements qui vont suivre. Voici des exemples, au surplus : A, propriétaire, ayant cheval, voiture et cocher, pour son usage personnel, fait marché, à prix d'argent, avec B, autre propriétaire, pour le conduire, lui et son bagage, à une destination quelconque; en route la malle de B est égarée, ou bien, à l'arrivée, il y a débat sur le prix; contestations éminemment civiles dont le tribunal de commerce n'aurait évidemment pas à connaître. Le résultat serait le même, soit que, dans l'espèce, A fût un commerçant, mais non pas un entrepreneur de transport, soit que B lui-même fût un commerçant voyageant pour son agrément et non pour les nécessités de son trafic. Il va sans dire que si A se livrait d'habitude à l'industrie de transporter, moyennant salaire, il cesserait de pouvoir être considéré comme un simple propriétaire et deviendrait un entrepreneur de transport. L'entreprise est constituée par une série d'actes successifs accomplis dans une intention de lucre.

[2] Arrêt de rejet du 20 mars 1811 (Sirey, 1811, 1, 193). Le Code de commerce a été promulgué en septembre 1807.

Digitized by Google

« fondement que la convention formée entre eux avait pour « objet le trafic auquel le commerçant se livre » (Sirey, 1837, 1, 412).

Il faut donc tenir pour certain que le contrat de transport, à la différence de la lettre de change parfaite (art. 632, § 7, 636, 110 et suivants du Code de commerce), n'est pas un contrat commercial par essence, absolument parlant et abstraction des éléments de commercialité résultant de la qualité des personnes et du but poursuivi, et reconnaître que si, en fait, celui qui, dans ce contrat, s'engage à effectuer le transport fait presque toujours un acte de commerce — parce que, presque toujours, il sera voiturier de profession —, il n'en sera pas dans tous les cas de même de celui qui aura traité avec le voiturier du transport à effectuer. Il faut aussi poser en règle que le non-commerçant, qui a stipulé avec un entrepreneur de transport, n'a point fait en cela un acte de commerce et ne peut être à cette occasion distrait de ses juges naturels, pour être traduit devant la juridiction d'exception d'un tribunal consulaire.

En dehors de cette solution, qui répond à une première hypothèse, celle où le non-commerçant se trouve en butte à l'action de l'entrepreneur de transport, il faut poser et examiner l'hypothèse parallèle et formant contre-partie, celle où la demande sera formée par le non-commerçant contre le voiturier. Ici ne se rencontre plus la même certitude, et, sur la détermination de la compétence dans l'espèce posée, la jurisprudence et la doctrine se trouvent toutes deux très-divisées.

Il ne convient pas d'entrer dans de grands détails à ce sujet; qu'il suffise de constater qu'il a été longtemps et qu'il est encore professé, par quelques auteurs, que, dans le cas de contestations relatives à un acte commercial de la part de l'un des contractants seulement, si la demande est dirigée contre celle des parties qui a fait acte de commerce, cette demande ne peut être portée régulièrement que devant la juridiction commerciale. Ainsi jugé par la cour de Bastia, le 10 août 1831 (Sirey, 33, 2, 87) et par la cour d'Orléans, le 5 mars 1842 (Sirey, 42, 2, 395). Voir, en outre, les autorités en ce sens citées au *Code annoté* de Sirey, sur l'article 631 du *Code de commerce*. Il faut, au surplus, ajouter de suite qu'une opinion toute différente a prévalu. Dans l'arrêt du 6 novembre 1843, précédem-

Digitized by Google

ment cité, la Cour de cassation a, dans les termes ci-après, déduit les motifs qui combattent la théorie qu'on vient de résumer et conduisent au système *du droit à l'option*, admis généralement aujourd'hui au profit du demandeur non commerçant, actionnant un défendeur commerçant, droit d'option autorisant ce même demandeur à porter sa demande à son choix devant la juridiction civile, sa propre et naturelle juridiction, ou devant la juridiction commerciale, juridiction normale du défendeur commerçant :

« Attendu, porte cet arrêt, qu'il n'est pas méconnu, par « l'arrêt attaqué (de la Cour d'Amiens), que le demandeur en « cassation (*un sieur Derozy, engagé militaire*) n'était ni mar- « chand, ni négociant, ni banquier, et n'a pas fait personnel- « lement acte de commerce; que, d'après l'article 631 du « Code de commerce, il n'était donc point soumis à la juri- « diction commerciale; que l'arrêt lui-même reconnaît qu'il « n'aurait pu être traduit comme défendeur devant le tribunal « de commerce; que, si l'absence, en sa personne, de la qualité « de commerçant et la nature de l'obligation, en ce qui le « concerne, lui conféraient le droit de ne pas subir la juridic- « tion commerciale devant laquelle il eût été traduit (*lisez :* « s'il y avait été traduit), il n'était pas tenu davantage de subir « cette juridiction lorsqu'il se constituait demandeur. D'où suit « qu'en confirmant le jugement, par lequel le tribunal civil « d'Amiens s'était déclaré incompétent pour connaître de la « demande formée par Derozy contre Beauvisage et Guedon « (*agents de remplacement*), l'arrêt attaqué a faussement ap- « pliqué les articles 631 et 632 du Code de commerce et violé « le premier de ces articles et les règles de la compétence. — « Casse. »

Cette doctrine de l'option en faveur du demandeur non commerçant ou qui n'a point fait acte de commerce, doctrine qui peut se justifier en dehors du motif ci-dessus, par cette considération qu'en traitant avec une personne n'ayant pas fait acte de commerce, le commerçant a dû s'attendre naturellement à être appelé, en cas de contestation, devant l'une ou l'autre juridiction indifféremment, a été mainte fois appliquée (voir *Code annoté* de Sirey, *loc. cit.*, et au volume de *Supplément*, sous le même renvoi); elle a été en dernier lieu consacrée par un arrêt de rejet du 26 juin 1867 (Sirey, 1, 290),

Digitized by Google

et l'on doit considérer la jurisprudence comme dorénavant fixée en ce sens.

Cette courte excursion dans le domaine de la compétence commerciale, telle qu'elle est réglée par les articles 631 et 632 du Code de commerce commentés par la jurisprudence, autorise donc à poser les jalons suivants :

En matière de contrat de transport et en cas de contestation :

1° Si les parties contractantes sont toutes deux commerçantes ou plus exactement ont toutes deux fait acte de commerce, la compétence de la juridiction commerciale est absolue [1] ;

2° Si le défendeur à l'action est non-commerçant ou pour mieux préciser, si, commerçant ou non-commerçant, il n'a pas fait acte de commerce[2], la juridiction civile est seule compétente ;

3° Si le demandeur est non-commerçant, ou est un commerçant n'ayant pas fait acte de commerce [3], il aura l'option entre la juridiction civile et la juridiction consulaire, sans que, devant l'une ou l'autre, le défendeur commerçant puisse utilement proposer le déclinatoire [4].

[1] Encore faut-il faire cette réserve cependant que l'incompétence des tribunaux civils, pour connaître des contestations purement commerciales, peut être couverte par la défense au fond. Les tribunaux civils (ce terme pris ici *sensu stricto*, ce qui exclut les justices de paix) ont la plénitude de juridiction et l'attribution donnée aux juges de commerce n'est qu'une exception au droit commun (Pardessus, t. 6, n° 1347); la jurisprudence est constante en ce sens. Voir notamment cass. 11 juillet 1816 (Sirey, 1, 334); rejet, 18 mars 1839 (Sirey, 1, 139).

[2], [3], [4] Ces propositions dont les termes diffèrent un peu des expressions employées par les arrêts de la Cour de cassation, rapportés ci-dessus, p. 291 et 293, sont justifiées par ce qui a été dit précédemment de l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'article 631 du Code de commerce. Les deux exemples qui suivent suffisent au surplus pour en vérifier l'exactitude.

A, commerçant à Paris, fait transporter à sa campagne, à Chatou, une partie de mobilier par la voie ferrée. Difficulté sur le payement du prix de transport; la compagnie du chemin de fer, sans saisir-gager les meubles transportés, formule une demande en payement de son salaire. Où cette demande devra-t-elle être portée? Dans l'espèce, ce n'est pas comme commerçant que A a traité avec la compagnie; il n'a point fait acte de son commerce, ni même de commerce en général; la juridiction civile paraît donc être compétente, comme elle le serait sans conteste, si A était pour-

Digitized by Google

Ces points acquis, nous arrivons à la loi du 25 mai 1838, mais avant d'entamer l'interprétation doctrinale de cette loi, il reste encore à dégager de l'examen de son texte les hypothèses exactes de fait que ce texte prévoit.

L'article 2 de cette loi (*proemium* et § 2) porte :

« Les juges de paix prononcent, sans appel, jusqu'à la va-
« leur de 100 francs, et à charge d'appel jusqu'au taux de la
« compétence en dernier ressort des tribunaux de première
« instance, sur les contestations entre les voyageurs et les
« voituriers ou bateliers pour retards, frais de route, perte ou
« avarie des effets accompagnant le voyageur. »

« Pour retards, pour pertes ou avaries d'effets. » Dans ces trois cas, c'est évidemment le voyageur, poursuivant une indemnité, qui agira contre le voiturier.

« Pour frais de route. » Ici ce sera le voiturier qui naturellement sera demandeur, à moins toutefois (ce qui, il faut le remarquer, devra fréquemment arriver) que la difficulté relative au payement des frais de route ne se trouve compliquée du fait d'une mainmise opérée par le voiturier, pour la garantie du payement de ses salaires, sur les effets du voyageur (art. 2102, C. Nap.; 106, C. de com.; 822 et suiv., C. de proc. civ.), auquel cas les hostilités s'ouvriront le plus souvent par une revendication des effets retenus, c'est-à-dire et encore par une demande formée par le voyageur contre le voiturier.

Il y a donc lieu de reconnaître que, dans les diverses hypothèses que le législateur de 1838 a eues spécialement en vue, ce ne pourra être que tout à fait exceptionnellement que l'action judiciaire sera intentée à la requête du voiturier. Cette observation essentielle conduit à conclure, en se reportant d'ailleurs à ce qui a été exposé dans les développements qui précèdent, qu'en cette matière l'action se présentera :

suivi en payement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier (art. 638 du Code de commerce).

A, commerçant à Paris, a pris un billet à la gare de l'Ouest pour aller à Saint-Cloud en villégiature. Une malle l'accompagne et se trouve égarée, chemin faisant. A actionne la compagnie : aura-t-il le droit d'option ? Ce qui a été dit précédemment conduit à lui accorder ce droit. A a agi, dans l'espèce, non comme commerçant, mais comme simple particulier ; où la qualité exceptionnelle cesse d'exister, le droit exceptionnel doit disparaître, pour laisser place au droit commun (voir Locré, *Esprit du Code de commerce*).

Digitized by Google

1° Bien rarement, avec un caractère exclusivement civil, puisque elle n'aura ce caractère qu'au cas de demande formée par le voiturier et tendant au payement des frais de route (sans complication de saisie-gagerie pratiquée sur les effets du voyageur), — cas peu fréquents dans la pratique, ainsi qu'on vient de le voir, — et à la condition encore, ajoutons-le, que dans de telles circonstances elle sera dirigée contre un voyageur non commerçant, ou commerçant, mais ne voyageant pas pour les besoins de son commerce et n'ayant dès lors pas fait acte de commerce;

2° Rarement aussi, avec un caractère purement commercial, l'unique espèce où elle affectera cette forme particulière, étant celle où le voyageur, soit défendeur, soit demandeur, sera un commerçant, voyageant pour les nécessités de son trafic [1].

3° Dans l'immense majorité des cas, avec le caractère mixte résultant du droit d'option accordé au voyageur non commerçant, ou commerçant n'ayant pas fait acte de commerce, lors-

[1] Voir pages 294-295, note 4, le 2e exemple proposé. Le commerçant qui voyage pour son commerce fait, nous l'admettons, acte de commerce en traitant, avec le voiturier, du transport de sa personne et de son bagage. Mais, allant plus loin, faut-il décider que le commis d'une maison de commerce qui voyage dans l'intérêt de sa maison doit être considéré comme un commerçant ou du moins comme ayant fait, dans ces mêmes circonstances, un acte de commerce, de telle sorte que les actions résultant du contrat de transport intervenu entre lui et le voiturier relèvent exclusivement de la juridiction commerciale? L'affirmative n'a pas fait difficulté, ce semble, pour le tribunal de Metz (2 janvier 1867) et la Cour de Metz (28 mars suivant) dont l'arrêt confirmatif est visé en tête de cette étude : cependant une telle décision semble, à bon droit, sujette à critique. Le commis voyageur n'est pas commerçant; en courant le pays pour l'exécution de son mandat, il remplit simplement les obligations résultant à sa charge d'un contrat de louage de services, qui, de sa part, n'a rien de commercial; il représente, il est vrai, sa maison, mais n'en traite pas moins, dans un intérêt et en son nom personnels, avec le voiturier; il n'apporte donc, en ce qui le concerne, aucun élément de commercialité dans le contrat de transport. Il est bon de remarquer, au surplus, qu'aux termes de la jurisprudence exposée ci-dessus, l'action dirigée dans l'espèce, par le sieur Visetti contre la compagnie de l'Est ayant pu donner lieu à l'option, le tribunal consulaire saisi en pouvait retenir la connaissance très-régulièrement, même en admettant que le demandeur n'était point commerçant et n'avait pas fait acte de commerce; si ce tribunal, en un mot, n'était pas exclusivement compétent (ce qui paraît avoir été jugé), il était cependant compétent.

Digitized by Google

qu'il est demandeur, c'est-à-dire pour exprimer le rapport réel et en chiffres de cette dernière hypothèse au regard des deux autres, dans 9 cas sur 10 espèces données.

L'étude des précédents de la question se trouvera épuisée, si l'on ajoute qu'avant la promulgation de la loi de 1838 le petit nombre de contestations judiciaires purement commerciales (espèces où les deux parties ont fait acte de commerce), auxquelles pouvaient donner lieu les faits juridiques, spécialisés depuis par l'article 2, § 2, de cette loi, devaient naturellement être portées devant la juridiction consulaire; que le petit nombre également de contestations, purement civiles (espèces où le voyageur n'ayant pas fait acte de commerce est défendeur), qui se soulevaient à l'occasion des mêmes faits, devaient être débattues devant les juges de paix [1] ou les tribunaux civils de première instance, suivant que l'intérêt du litige ne dépassait pas ou dépassait 100 francs, et qu'enfin les contestations en grand nombre où le droit d'option pouvait être exercé (espèces où le voyageur n'ayant pas fait acte de commerce est demandeur), devaient être portées, suivant le choix du demandeur, au rôle, soit des tribunaux de commerce,

[1] Aux termes de la loi du 24 août 1790, article 9, les juges de paix étaient appelés à connaître de toutes les causes purement personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 50 livres sans appel, et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 100 livres. La généralité des termes de cette attribution justifiait-elle la compétence des juges de paix en matière de contestations bilatéralement commerciales d'un intérêt non supérieur à 100 livres? Au dire de M. V. Foucher (*Comment. sur la loi de* 1838, n° 27), Merlin aurait professé l'affirmative. L'exactitude de cette énonciation n'a pu être vérifiée, faute d'un renvoi précis au passage où cette opinion serait exprimée; mais il est constant que la question n'est pas même posée, soit dans l'ouvrage d'Henrion de Pansey sur les justices de paix, soit dans l'article que ce jurisconsulte a inséré au *Répertoire* de Merlin, v° *Justice de paix*. L'opinion attribuée à Merlin semblerait au surplus en contradiction formelle avec les dispositions de l'article 12, titre IV, de cette même loi de 1790, qui attribuait aux tribunaux de commerce toutes les affaires de commerce, tant de terre que de mer, sans aucune exception. S'il en faut croire même certains motifs insérés dans plusieurs décisions judiciaires, notamment dans un jugement du tribunal de Dijon du 30 novembre 1857 (Sirey, 1859, 1, 673), (motifs de l'exactitude desquels il est permis au surplus de douter jusqu'à preuve des faits qu'ils énoncent), dans la pratique antérieure à la loi de 1838, les tribunaux de commerce auraient absorbé complétement les causes de la compétence normale des justices de paix en matière de contestations relatives aux contrats de transport.

Digitized by Google

soit des tribunaux de première instance et des justices de paix, suivant la répartition commandée entre ces deux derniers ordres de juridiction par le chiffre même de la demande, ainsi qu'il vient d'être expliqué.

Il faut entrer maintenant au cœur de la question proposée, en se demandant quelles sont exactement les modifications que la loi du 25 mai 1838 est venue apporter à l'état de choses antérieur, quant à la compétence.

En ce qui touche le chiffre même de la compétence des juges de paix, cette loi a formulé une première innovation évidente et sans difficulté, et il est à peine utile de faire ressortir que, dans les cas où le juge de paix était compétent avant la loi de 1838, à concurrence de 50 livres en dernier ressort, et de 100 livres en premier ressort, il l'est devenu, par l'effet de cette loi, à concurrence de 100 francs sans appel, et à charge d'appel, à concurrence de 1,500 francs dans la matière spéciale qui nous occupe. Ces cas, répétons-le une fois de plus, se présentaient dans les hypothèses, soit d'une demande formée par le voiturier contre le voyageur n'ayant pas fait acte de commerce, en payement des frais de route (compétence civile exclusive), soit d'une demande introduite par le voyageur n'ayant pas fait acte de commerce contre le voiturier et tendant, ou à la revendication des effets saisis-gagés à l'occasion d'un différend sur le payement des frais de route, ou à la prestation d'une indemnité pour retard, avarie ou perte des effets accompagnant le voyageur (compétence mixte résultant du droit d'option).

Cette première modification serait, dans l'opinion professée par les cours d'Angers, de Poitiers et de Metz, dans les arrêts ci-dessus visés, et par la Cour de cassation dans l'arrêt de la Chambre des requêtes du 4 novembre 1863, déjà rappelé, la seule et unique que la loi en question aurait portée aux règles de compétence usitées lors de sa promulgation ; à ce point de vue, il serait vrai de dire, avec la Cour souveraine, dans ce même arrêt de 1863, que l'article 2 de la loi de 1838 n'a eu d'autre but que d'étendre, dans les cas qu'il prévoit, la compétence à charge d'appel des juges de paix jusqu'au taux en dernier ressort des tribunaux de première instance, mais non de changer les règles ordinaires des compétences civile et commerciale.

Digitized by Google

Dans le système opposé à celui qui vient d'être indiqué, système maintenu par la cour de Paris avec une persistance digne de remarque, l'innovation que la loi de 1838 a eu en vue ne se bornerait pas simplement à une augmentation du chiffre de la compétence des justices de paix, et cette loi aurait eu pour objet de proclamer dans les matières réglées par son article 2, et notamment dans la matière des contestations entre voituriers et voyageurs qui y sont précisées, la compétence exclusive des justices de paix à la radicale exclusion des tribunaux de commerce, de telle sorte que ces derniers ne pourraient plus connaître, en aucun cas, d'une demande née à l'occasion de l'exécution d'un contrat de transport dans les espèces ci-dessus et lorsque le litige n'excède pas 1,500 francs, quand même il y aurait eu, lors du contrat de transport, acte de commerce de la part du défendeur à l'action, c'est-à-dire dans la plupart des cas,—puisque le plus souvent ce défendeur sera le voiturier,— et bien plus quand il y aurait eu acte de commerce de la part de l'une et de l'autre partie. En un mot, cette opinion n'admet, en toutes circonstances, dans les espèces particulières de litiges indiquées dans l'article 2 de la loi, qu'une seule et unique juridiction compétente, la juridiction de la justice de paix, si bien que, supprimant la juridiction commerciale pour les litiges non supérieurs à 1,500 francs, aussi bien pour les cas où l'action présente un caractère absolument commercial que pour les cas où le droit d'option était admis jusqu'ici (cas, on l'a vu, de beaucoup les plus fréquents dans la pratique), elle autorise, en toutes hypothèses, le défendeur, même commerçant, le voiturier ou batelier, *l'entrepreneur de transport défendeur*, en un mot, à proposer utilement, devant le tribunal de commerce le déclinatoire fondé sur l'incompétence. De ces deux thèses, laquelle doit être préférée? C'est ce qui reste, en dernier lieu, à examiner.

En faveur du premier système, on fait valoir, et c'est l'argument capital, que les justices de paix sont des juridictions purement civiles, et que l'article 2 de la loi de 1832 n'a, ni *explicitement* (et alors qu'une pareille dérogation à des principes constants eût nécessité une disposition expresse), ni même *implicitement*, changé cette condition originaire et caractéristique de leur institution.

Explicitement : en effet, l'article ne dit pas qu'il sera dérogé

Digitized by Google

au droit commun en matière de compétence [1] et à l'ordre des juridictions établies [2]; il n'exprime pas que les juges de paix seront, à l'avenir, en la matière qu'il règle, compétents même si les contestations sont commerciales [3]. Si les termes de cet article sont généraux, il faut voir qu'ils ne le sont qu'en tant qu'ils s'appliquent aux affaires civiles et une exclusion formelle des affaires commerciales était inutile, alors qu'il s'agissait simplement d'étendre et non de changer la compétence toute civile des juges de paix [4].

Implicitement : en effet, il n'est pas douteux que l'attribution générale, réglementée par l'article 1er de la loi, n'a trait qu'aux actions civiles et non à celles qui, se rattachant aux transactions commerciales, sont exclusivement de la compétence des tribunaux de commerce [5], et rien ne peut donner lieu de penser que l'article 2 de cette même loi ait été conçu dans un esprit différent de celui qui a inspiré l'article 1er [6] et

[1] Arrêt de rejet du 4 novembre 1863.

[2] Arrêt de la Cour de Poitiers du 2 février 1861, et arrêt de Metz du 28 mars 1867.

[3] Cour de Caen, 25 mars 1846; jugement du tribunal de Metz du 2 janvier 1867.

[4] Poitiers, 1861.

[5] Poitiers, 1861, rejet, 4 novembre 1863 : dans la phrase à la suite de laquelle prend le présent renvoi et qui est empruntée textuellement à l'arrêt de rejet de 1863, le mot *exclusivement* doit être pris à la lettre et s'entendre, le droit d'option sauf; rien n'indique que, soit sur l'article 1er, soit sur l'article 2, le législateur ait voulu rectifier la jurisprudence courante, par la suppression du droit d'option dans les espèces unilatéralement commerciales qui le comportent.

[6] Un incident de la discussion de la loi, rappelé dans la plupart des documents qui développent l'opinion en ce moment exposée, fixe exactement l'esprit qui a présidé à la rédaction de l'article 1er : un amendement, présenté par la commission de la Chambre des pairs, le 19 juin 1837, et rejeté à la séance du 24 juin suivant, malgré l'adhésion donnée par le garde des sceaux, proposait de faire entrer dans les attributions des juges de paix définies par l'article 1er, spécialement dans les arrondissements où les tribunaux de première instance faisaient fonctions de tribunaux de commerce, les affaires commerciales dans les limites du chiffre arrêté audit article; cet amendement fut rappelé et examiné, à un point de vue généralisé, dans le rapport de M. Amilhau, communiqué à la Chambre des députés, le 6 avril 1838, et la disposition qu'il tendait à consacrer ne fut pas admise; elle est, dans ce même rapport, qualifiée d'*innovation imprudente devant avoir pour effet de dénaturer à la fois l'institution des justices de paix et des tribunaux de commerce.*

Digitized by Google

ait eu pour objet de jeter, pour les cas qu'il prévoit, la confusion dans les règles ordinaires des compétences civiles et commerciales, règles expressément maintenues pour les espèces prévues à l'article 1er. La preuve que le législateur n'a pas entendu donner une telle portée à cet article 2, c'est qu'il n'a pas autorisé le juge de paix à prononcer la contrainte par corps, le cas échéant [1], ni désigné la juridiction supérieure devant laquelle seraient portés les appels, suivant que le litige soumis au juge de paix aurait été civil ou commercial, désignation qui n'était pas inutile, ne fût-ce que pour dire si les tribunaux de commerce connaîtraient de l'appel des affaires commerciales distraites de leur compétence au premier degré [2].

[1] L'adhésion du garde de sceaux à l'amendement dont il est question dans la note précédente était conçue dans des termes utiles à rappeler ici : « J'adhère à la modification avec d'autant plus d'empressement que la « contrainte par corps ne peut être prononcée dans les limites de cette « somme (200 fr.), car si elle avait pu être prononcée il aurait fallu main- « tenir la juridiction commerciale. »

[2] Lors de la discussion de la loi du 25 mai 1838, le dernier ressort des tribunaux civils de première instance venait d'être porté à 1,500 francs par la loi du 11 avril même année; la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce, qui n'a été fixée à 1,500 francs que par la loi du 3 mars 1840, ne dépassait pas 1,000 francs alors. L'article 2 de la loi du 25 mai fixe la compétence en premier ressort du juge de paix en la matière examinée, par un simple rappel (par voie de renvoi), du taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance. Étant admis pour un moment que, d'après la nouvelle loi, les tribunaux de commerce devaient cesser de connaître des contestations non supérieures à 1,500 francs entre voyageurs et voituriers, dans les termes de l'article 2, s'ensuivrait-il que le législateur eût dû régler l'appel par distinction, suivant le caractère civil ou commercial de l'affaire, ainsi que paraît l'insinuer la Cour de cassation (arrêt de 1863). Non. La limite de l'appel ne pouvait évidemment être laissée flottante entre le chiffre de 1,000 francs et celui de 1,500 francs, suivant la nature du litige, et la conséquence logique de la distraction au profit des justices de paix des litiges commerciaux dont s'agit ne pouvait être que la dévolution constante de l'appel de ces mêmes litiges au tribunal de première instance, *seul juge d'appel naturel* des justices de paix. S'ensuivrait-il encore que le législateur aurait dû expressément expliquer, comme la Cour de Poitiers l'indique (arrêt de 1861), si les tribunaux de commerce connaîtraient sur l'appel des affaires commerciales distraites de leur compétence? Non encore, puisque, pour exclure leur compétence en appel, il eût suffi de n'en point parler. Mais, ces raisonnements douteux écartés, il faut convenir que le système combattu par ces deux arrêts conduit à des anomalies remarquables. Ainsi, dans ce système,

Digitized by Google

Les partisans de cette première opinion, s'attachant ensuite spécialement à la disposition de l'article 2, particulière aux contestations relatives au contrat de transport, font valoir les considérations suivantes : les règles de la responsabilité du voiturier sont posées séparément au Code civil, dans les articles 1782 et suivants, et au Code de commerce, dans les articles 103 et suivants; on en doit conclure[1] qu'une double

le tribunal de première instance connaîtrait, comme juge d'appel, d'une nature de causes dont il ne doit pas normalement connaître, comme tribunal de premier degré. Ainsi encore, la même nature d'affaires serait, suivant le chiffre du litige, de compétence exclusivement civile (1,500 francs et au-dessous) ou de compétence à la fois civile et commerciale ou même purement commerciale (au-dessus de 1,500 francs).

[1] La conclusion n'est pas forcée, ce semble, et la distinction proposée, au point de vue de la compétence, entre la responsabilité commerciale et la responsabilité purement civile du voiturier, paraît en elle-même bien susceptible de discussion. Ceux qui posent cette distinction veulent-ils dire que la responsabilité du voiturier non commerçant sera appréciée d'après les règles formulées au Code Napoléon, la responsabilité du voiturier commerçant demeurant exclusivement régie par les dispositions du Code de commerce? Mais, outre qu'on peut bien dire qu'il n'existe guère en réalité de voiturier non commerçant (voir page 291, note 1), remarque qui en tout cas réduirait la distinction posée en ces termes à une abstraction purement théorique, cette proposition n'a qu'un rapport bien lointain avec la question de compétence qu'il s'agit de résoudre. Prétendent-ils que, suivant que le voiturier (le voiturier commerçant) sera, par l'effet de l'exercice du droit d'option du demandeur non commerçant, traduit devant la juridictiou commerciale ou devant la juridiction civile, on lui appliquera les règles des articles 103 et suivants du Code de commerce, où l'on mesurera la responsabilité suivant les articles 1782, 1783 et autres du Code Napoléon? Mais, outre qu'il faut remarquer que l'économie des règles posées au Code Napoléon est identique avec celle des règles tracées au Code de commerce, sauf ce qui est prévu aux articles 105 et 108 de ce dernier Code, une considération déterminante semble dominer ces points de détails, à savoir l'existence, en la personne du voiturier défendeur, de la qualité de commerçant, qualité qui le suit à quelque tribunal que l'action se trouve portée et qui, si elle ne peut faire qu'on doive appliquer à la demande intentée devant la juridiction civile, la procédure et les moyens de preuve usités en matière commerciale, doit cependant avoir pour effet de justifier de la part du défendeur l'emploi devant tout tribunal saisi des exceptions créées à son profit par les deux articles précités. Et alors que devient la distinction proposée? Il est vrai de dire toutefois qu'il a été jugé (cass., 4 juillet 1856) que la déchéance résultant de l'article 108 n'était pas opposable à un chargeur non commerçant et qu'il est enseigné, par plusieurs auteurs, que cette déchéance ainsi que celle réglée par l'article 105 (laquelle, par parenthèse, trouvera rarement son application dans les espèces particulières de l'article 2 de la loi de 1838)

Digitized by Google

action est ouverte au voyageur contre le voiturier, action au civil, s'il invoque la responsabilité civile, telle qu'elle résulte des articles 1782 et suivants du Code Napoléon, action commerciale, s'il préfère invoquer la responsabilité commerciale réglée par les articles 103 et suivants du Code de commerce. La loi de 1838, dont le but n'était pas de bouleverser l'ordre général des compétences, n'a fait, n'a pu faire et vouloir autre chose que substituer, pour l'action en responsabilité civile, à un tribunal civil un autre tribunal civil, au tribunal de première instance le tribunal de paix. Il résulte, aussi bien de son esprit que de son texte, qu'elle n'a entendu apporter aucune modification dans le mode d'exercice de l'action suivie sur la responsabilité commerciale qui demeure, après comme avant la promulgation de cette loi, régie par les principes du droit commun[1].

ne peuvent être opposées à des expéditeurs non commerçants, mais indépendamment de ce que la doctrine de cet arrêt et l'opinion de ces auteurs sont très-discutées (voir Duvergier, Duverdy, — arrêts de Rennes, 25 juillet 1820 et 25 mars 1852) et discutables, il est manifeste que cette doctrine serait encore impuissante pour justifier le système de la double action devant être portée au civil ou devant la juridiction commerciale, suivant que le demandeur non commerçant entendrait invoquer contre le voiturier les prescriptions du Code Napoléon ou celles du Code de commerce, — puisque, dans la thèse même de l'arrêt du 4 juillet 1856, l'efficacité des déchéances sanctionnées par les articles 105 et 108 du Code de commerce demeure subordonnée (il y faut insister), non pas à la nature de la juridiction devant laquelle elles pourraient se produire, mais à *la qualité* même de la personne à qui elles seraient opposées. On peut donc bien douter en somme, on le voit, de l'exactitude de cette prétendue règle de fixation de compétence basée sur la nature de la responsabilité commerciale ou civile invoquée contre le voiturier.

[1] Angers, 1855; Poitiers, 1861. — A l'appui des conclusions consignées dans le passage auquel la présente note se relie, les deux arrêts qui viennent d'être cités invoquent ce fait déjà signalé que l'article 2 de la loi de 1838 s'est référé pour fixer la compétence du premier ressort des justices de paix au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance et non à celui de la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce. Cet argument ne semble pas encore ici décisif et, dans le fait signalé, on ne saurait voir une preuve sans réplique de l'intention du législateur de n'apporter aucune modification aux règles normales de la compétence. Il est vrai que, s'il avait visé, en s'y référant, le taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce, il y aurait là un argument puissant en faveur de l'opinion qui entend l'article 2 de la loi dans le sens de l'incompétence de la juridiction commerciale en premier

Digitized by Google

Dans un autre ordre d'idées, spéciales également à la matière du contrat de transport, on ajoute un nouvel argument. Le but du législateur de 1838, en édictant le § 2 de notre article 2 particulièrement, a été manifestement[1] d'assurer, dans la plupart des cas, au voyageur une justice prompte et économique. Cet avantage est réalisé dans la mesure du possible par la substitution de la procédure expéditive et peu coûteuse devant les tribunaux de paix à la procédure lente et onéreuse devant le tribunal civil de première instance; mais le législateur aurait marché contre le but qu'il entendait poursuivre en supprimant, pour le jugement des espèces relatives au contrat de transport prévues dans l'article 2, § 2, la compétence des tribunaux consulaires, pour l'absorber dans la compétence des justices de paix. Dans ces espèces, c'est le plus souvent le voyageur qui figurera comme demandeur[2]; or, s'il peut porter l'action contre le voiturier devant les tribunaux de commerce, l'article 420 du Code de procédure civile lui permettra de saisir, suivant les cas, l'un des trois tribunaux différents qu'il spécifie et spécialement d'obtenir justice au lieu de l'arrivée[3], tandis que, demandeur devant la justice de paix, il ne sera point libre de porter son action ailleurs que devant le juge de paix du domicile du voiturier, c'est-à-dire, s'il s'agit de chemins de fer, devant les juges de paix du siége social des compagnies concessionnaires, c'est-à-dire encore devant les juges de paix de Paris, avec obligation de plaider en appel devant le tribunal de la Seine[4].

ressort, dans les espèces réglées par notre article 2; l'étrangeté de la disposition aurait accusé, chez le législateur, une intention qu'il eût fallu prendre en considération ; mais de cela seul qu'il n'a pas procédé de la sorte (et il y avait un motif supérieur pour qu'il ne le fît pas, voir page 301, note 2), de ce qu'il n'a eu en vue, en légiférant, que la juridiction d'appel naturelle des justices de paix, ainsi que cela devait être, quelle conclusion pratique peut-on tirer au profit de la doctrine professée par les arrêts en question? Aucune, paraît-il, et le fait relevé, et dont, dans l'opinion soutenue par ces mêmes arrêts, on prétend faire un argument décisif, s'explique tout naturellement, et ne paraît avoir en réalité aucune portée sérieuse. Cette partie de l'argumentation, et aussi celle examinée dans la note qui précède, sont évidemment un peu faibles et très-contestables.

[1] Cette intention du législateur a été à fréquentes reprises exprimée dans la discussion.

[2] Voir page 295.

[3] Arrêts d'Angers et de Poitiers (voir spécialement ce dernier).

[4] Voir l'arrêt de Caen et le jugement du tribunal de commerce de Metz;

Digitized by Google

Enfin, on a fait valoir encore, au point de vue de l'intérêt du voyageur demandeur, cette considération que réduit à porter le différend devant la justice de paix, il ne jouirait pas, devant cette juridiction, des bénéfices de la contrainte par corps contre le voiturier, alors que, dans les mêmes espèces, le tribunal de commerce lui aurait assuré cette garantie [1].

L'opinion opposée s'étaye sur un argument de texte et sur des considérations qu'il faut également passer en revue. Elle invoque d'abord le texte de la loi de 1838 : ce texte est formel, clair et sans ambiguïté; il dit ce qu'il veut dire et attribue nettement, d'une manière absolue et générale, aux juges de paix la connaissance des contestations qu'il énumère, sans faire aucune distinction, au point de vue de la compétence nouvelle qu'il leur donne, suivant la nature de l'acte donnant lieu à l'action ou suivant la qualité des parties litigantes [2]. Admettre que les tribunaux de commerce peuvent connaître des difficultés entre voyageurs et voituriers, lorsque l'action s'adresse à un défendeur commerçant et repose sur un acte de commerce par lui accompli, serait condamner la loi de 1838 à des applications infiniment rares, puisque, dans la pratique, il s'agit presque toujours de statuer sur des demandes intentées par les voyageurs, et par des voyageurs contre des voituriers, défendeurs commerçants [3]. L'effet des distinctions arbitraires que

ce que les considérations résumées au texte peuvent avoir d'excessif et, par suite, d'erroné, va être relevé plus loin. (Voir ci-après, pages 307-308.)

[1] Voir entre autres l'arrêt de la Cour de Poitiers. Inutile de faire remarquer que cet arrêt, ainsi que l'arrêt de la Cour de Caen et l'arrêt de rejet de 1863, lesquels s'occupent, incidemment à notre matière, de la contrainte par corps, sont antérieurs à la loi abrogative de la contrainte par corps (loi du 22 juillet 1867).

[2] Arrêt de Limoges, 1862; Paris, 20 juin 1863, etc.; Chambéry, 1866. Voir tous les arrêts énumérés à la suite de celui de Limoges, p. 289.

[3] Paris, 9 décembre 1864 et 6 novembre 1866. La conclusion tirée du fait exact énoncé est très-contestable en présence du droit d'option. Dira-t-on, pour en atténuer les effets, qu'en fait le demandeur à qui il est ouvert optera toujours pour la juridiction commerciale? Pourquoi en serait-il ainsi? D'une part, ainsi que nous le verrons plus loin (page 308), les facilités que peut donner, au point de vue de la compétence, l'article 420 du Code de procédure civile, sont plus apparentes que réelles en notre matière, et, d'autre part, il est incontestable qu'en ce qui touche la promptitude de la solution et l'économie des frais, la procédure devant les tribunaux de paix présente en fait des avantages sur la procédure consulaire. Il est évident

Digitized by Google

l'on cherche à introduire, contrairement au texte et à l'esprit de la loi, serait de laisser à la volonté du voyageur la fixation de la compétence [1] et subordonner l'application de la loi à cette même volonté, ce que n'a pu vouloir le législateur [2]. Il a entendu supprimer en ces causes le droit d'option consacré par la jurisprudence [3]. Le système qui consacre la compétence facultative de deux juridictions exceptionnelles en matière civile est contraire au système général de notre législation [4], comme au texte spécial de la loi de 1838 [5]. L'esprit de la loi répugne évidemment à de semblables distinctions ; le but du législateur a été de soumettre les contestations énumérées en l'article 2 de la loi, et ce, par l'introduction d'une compétence nouvelle et exclusive de toute autre, à une juridiction d'un caractère spécial qui présente l'avantage d'être prompte, peu coûteuse, équitable et tutélaire, d'un accès facile, gracieuse pour le moins autant que contentieuse ; qu'importe alors la qualité des parties et la nature du débat? La considération des avantages poursuivis est commune à toutes les contestations de l'espèce envisagée, que ces contestations soient commerciales ou non commerciales [6].

A ce qui précède, on peut ajouter les réflexions suivantes : s'il est bien vrai que, lors de la discussion de l'article 1er de la loi de 1838, il a été bien compris que l'attribution générale formulée dans cet article ne comprendrait pas les litiges commerciaux, il faut remarquer que cette décision n'a pas prévalu

que les rédacteurs des arrêts ci-dessus visés ont fait complète abstraction, dans leur pensée, des effets du droit d'option.

[1] C'est ce qui se présente dans tous les cas où il y a lieu à l'option et il n'apparaît pas que les partisans de l'opinion présentement exposée condamnent le droit d'option en dehors des cas d'application de l'article 2 de la loi de 1838.

[2] Limoges, 1862 ; Paris, 20 juin 1863. — En quoi, insistons-y, un tel résultat eût-il pu effrayer le législateur, alors que, suivant la jurisprudence, la loi aurait consacré en règle générale le droit d'option au profit de tout demandeur non-commerçant contre tout défendeur commerçant?

[3] Limoges. — Où est la preuve de cette intention? On doit se le demander.

[4] Paris, 6 novembre 1866. — Si c'est une protestation contre la doctrine du droit d'option, ce n'est pas du moins la réfutation de cette doctrine.

[5] Paris, 6 novembre 1866. — C'est ce qu'il faut prouver précisément.

[6] Paris, 20 juin 1863 et 9 décembre 1864.

Digitized by Google

sans avoir été discutée et sans avoir froissé le vœu de l'opinion publique, manifestée par de nombreuses pétitions à l'appui de l'amendement de la commission de la chambre des pairs[1]. Rien n'empêche de supposer que le souvenir de l'expression de ce vœu n'a pas été sans influence sur les dispositions de la chambre des députés, lors du vote de l'article 2 de la loi, et il ne faudrait pas trop s'étonner, dans cette hypothèse, du défaut d'unité de vue que ce fait accuserait de la part du législateur, la suite dans les idées et les principes arrêtés n'étant pas toujours le propre des assemblées délibérantes. D'un autre côté, dans les contestations de la nature de celle dont s'occupe cet article, prédomine, dans la plupart des cas, ainsi que nous l'avons vu, le caractère de litige commercial, unilatéralement du moins et en envisageant la personne du défendeur : la commercialité habituelle de la contestation s'imposait donc naturellement à l'attention du législateur, et, dans de telles conditions, on doit s'étonner et on peut tirer avantage, au profit de l'opinion en ce moment développée, de ce qu'il n'a pas été, dans la discussion, dit un mot, et, dans la rédaction, inséré une réserve pour rappeler qu'il n'était rien innové aux règles ordinaires de la compétence commerciale. Il n'y a aucun parti à tirer, en faveur de l'opinion combattue, de ce que, pour fixer le taux du premier ressort de la compétence à nouveau réglée, les rédacteurs de la loi ont pris pour point de mire le taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance et non le taux de celle des tribunaux de commerce. C'est tout simplement qu'ils ont préféré le chiffre de 1,500 francs à celui de 1,000 francs; et, en tout cas, qu'ils n'ont pas voulu donner même lieu de supposer qu'ils aient songé à consacrer une anomalie telle que celle qui résulterait d'une dévolution par l'appel des décisions des justices de paix aux tribunaux consulaires. Peut-on tirer un argument sérieux de ce que le législateur, soit par oubli, soit même intentionnellement,

[1] On a vu page 300, note 6, que le garde des sceaux avait adhéré à l'amendement proposé; toutefois, les expressions même de cette adhésion (voir note 1, page 301) donneraient lieu de penser que le ministre aurait hésité à adhérer à la modification radicale de compétence que l'on veut voir réalisée par l'article 2 et encore plus à la proposer.

Digitized by Google

aurait omis de conférer au juge de paix le droit de prononcer la contrainte par corps [1]? Enfin est-il bien réellement exact de prétendre que l'attribution par voie exclusive aux juges de paix des litiges en question empirerait, sensiblement et contrairement à l'esprit de la loi, la situation du voyageur demandeur en lui faisant perdre les avantages qu'il trouverait, dans un appel à l'article 420 du code de procédure, à la barre des tribunaux de commerce? Non certes; d'une part, en effet, la réflexion conduit à vérifier que les cas d'application de cet article pour les espèces que l'article 2 de la loi de 1838 a en vue, devront être des plus rares et que, s'il en existe, ces applications ne seront que d'un médiocre secours pour le voyageur. Dans ces mêmes espèces, qui ne concernent que le transport *de la personne et des effets qui l'accompagnent*, dans quels cas se trouveront donc réalisées, en un même lieu, les deux conditions exigées pour fixer la compétence exceptionnelle du § 2 dudit article *de la promesse faite* et *de la marchandise livrée?* Dans ces mêmes espèces et lorsqu'il s'agit de prix de transport toujours payés d'avance dans l'usage, le lieu du *payement* sera toujours le lieu du départ et ne sera jamais celui de l'arrivée [2]. Pouvoir substituer, pour y porter la demande, le tribunal du lieu du départ à celui du domicile social des compagnies, cela serait bien quelque chose sans doute (car au lieu du départ peut être le domicile du voyageur); mais il y a loin de là à l'appréciation surfaite des avantages qui résulteraient, au dire des partisans de la première opinion, des dispositions de l'article 420 appliquées

[1] Voir cependant la note 6 de la page 300 et la note de la page 307.

[2] Dans ce raisonnement, il n'est point tenu compte, on le voit, de la doctrine très-large, beaucoup trop large, en effet, à notre sens, qui assimile le fait, par les compagnies de chemins de fer, de mettre à la disposition des voyageurs ou expéditeurs les wagons dont elle leur loue l'usage à une livraison de marchandises (Cour de Bourges, 26 avril 1854) ou encore l'exécution de l'obligation de transporter promise par l'entrepreneur, exécution qui s'accomplit au lieu de l'arrivée, au payement d'un prix (Cour d'Angers, 29 juillet 1853). C'est même par respect uniquement pour un arrêt de cassation,— cité au *Code annoté* de Sirey (sur l'article 420, supplément, 13 mai 1857), — que nous admettons, sans vérifier la proposition de plus près, qu'un payement du prix de louage de services peut être, pour l'application de l'article 420, assimilé à un payement de prix de vente (voir Locré, *Esprit du Code de commerce*, sur l'article 420).

Digitized by Google

en cette matière. D'autre part, cet article écarté [1], le voyageur demandeur ne demeurera pas désarmé; il ne sera nullement réduit, comme on le prétend, à poursuivre, dans tous les cas et toujours, son droit devant le juge de paix du siége social des compagnies transportantes; toutes les fois d'abord que, s'agissant d'une difficulté sur le payement des frais de route, il y aura eu saisie-gagerie pratiquée sur les effets du voyageur, le litige pourra être porté devant le juge du lieu de la saisie [2], du lieu de l'arrivée, le plus ordinairement; en dehors de ces hypothèses particulières, le voyageur, usant du bénéfice de la jurisprudence, aujourd'hui bien établie [3], aux termes de laquelle les compagnies de chemin de fer sont, au point de vue de la compétence, considérées comme pouvant avoir leur principal établissement ailleurs qu'au siége social fixé par les statuts [4], et même autant de siéges sociaux ou de succursales du siége social qu'elles ont de gares importantes sur leurs lignes de parcours [5], sera fondé bien souvent à porter son action à son grand avantage, soit au lieu de départ, soit au lieu d'arrivée [6].

[1] L'opinion exposée au texte exclut absolument en ces matières, il ne faut pas l'oublier, la compétence des tribunaux de commerce, et, par suite, proscrit complétement l'application à nos espèces de l'article 420 du Code de procédure civile.

[2] Articles 608 et 825 du Code de procédure civile.

[3] Au début, la Cour de cassation s'est montrée peu favorable à cette jurisprudence qu'elle a depuis contribué à affirmer. Voir l'exposé de toute cette matière aux mots *Assignation* et *Compétence* du Résumé alphabétique du *Code annoté des chemins de fer en exploitation*, de M. Lamé-Fleury.

[4] Voir spécialement cass., 11 février 1849 (Sirey, 50, 1, 112).
Voir cass., 7 mai 1862 (Sirey, 62, 1, 162).

[6] Plusieurs décisions judiciaires, transportant en la matière des chemins de fer une jurisprudence anciennement appliquée aux entreprises de messageries et aux compagnies d'assurances, n'hésitent pas même à valider l'assignation donnée aux compagnies en la personne de leurs chefs de toutes gares devant le tribunal du lieu de toute gare, ainsi considérée comme bureau succursale de la maison sociale, sans aucune distinction, quant à l'importance de la gare (voir *Code annoté des chemins de fer en exploitation, loc. cit.*). Mais c'est évidemment aller infiniment trop loin; l'importance relative, en fait, de la gare considérée, peut seule autoriser à la réputer succursale du siége social, et, d'un autre côté, l'assignation, donnée à la compagnie en la personne d'un chef de gare qui n'a pas mandat de la représenter en justice, ne saurait être en aucun cas validée. La nécessité de citer les administrateurs ou directeur en personne et d'observer, par conséquent, certains

Digitized by Google

Après cet exposé scrupuleux et complet des moyens divers invoqués à l'appui des deux solutions proposées sur la question formulée au début de ce travail, il faut laisser le lecteur conclure. Ajoutons néanmoins que, pour notre compte, fidèle à une opinion antérieurement exprimée [1], nous sommes encore disposé à trancher cette question dans le sens adopté par les cours d'Angers, de Poitiers et la cour de cassation, dans l'arrêt de rejet du 4 novembre 1863, et à décider, en conséquence, que, dans les espèces prévues par l'article 2, § 2, de la loi du 25 mai 1838, la compétence n'est pas réservée, d'une manière générale et absolue, aux tribunaux de paix, mais que, suivant les cas et conformément aux principes généraux non modifiés par cette loi, elle appartiendra exclusivement aux tribunaux de paix, si aucune des deux parties n'a fait en contractant acte de commerce (cas rares), exclusivement au tribunal de commerce, si l'une et l'autre des parties ont fait acte de commerce (cas relativement peu fréquents), et facultativement au choix du demandeur n'ayant seul pas fait acte de commerce (espèces les plus ordinaires), soit aux tribunaux de paix, soit aux tribunaux consulaires, suivant le droit d'option consacré par la jurisprudence. Tout bien pesé et les arguments faibles de part et d'autre éliminés, les motifs les plus décisifs militent en faveur de cette solution, conforme, et c'est là la considération réellement déterminante, à l'esprit manifeste de la loi de 1838.

G. BRUNEAU.

délais de distance pourra entraîner une perte de temps, regrettable sans doute dans des cas urgents; mais il faut remarquer que cet inconvénient se présente moins grave depuis que la loi du 3 mai 1862 a modifié les dispositions de l'article 1033 ancien du Code de procédure civile.

[1] *Revue pratique de droit français*, 1862, p. 195 et suivantes.

Digitized by Google

RECHERCHE SUR L'ORIGINE DE LA RÈGLE :

Donner et retenir ne vaut.

Par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite et fin* [1].)

15. La vérité, selon nous, c'est que les coutumes et, après elles, les jurisconsultes se sont fait une théorie de la donation entre-vifs, qu'ils ont regardé comme essentiels et le dépouillement actuel et l'irrévocabilité : « Celle (la donation) entre-vifs, dit Le Caron [2], est la vraie et absolue, par laquelle le donateur donne en telle intention que la chose incontinent appartienne au donataire et qu'il ne la puisse aucunement reprendre. » Les deux idées sont réunies dans ce passage : elles sont distinguées dans les passages suivants, relatifs les uns à la nécessité de la tradition, les autres à l'irrévocabilité.

« La manière de donner plus convenable au droit est celle qui se fait par la tradition présente des choses. » Ainsi s'exprime Delalande [3]. Pothier nous dit : « La parfaite libéralité qui fait que le donateur préfère le donataire à lui-même pour la chose donnée est le caractère des donations entre-vifs ; or, c'est une suite de cette préférence que le donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement est donc de la nature des donations entre-vifs [4]. »

Nous avons des témoignages non moins positifs sur l'irrévocabilité : « Il s'ensuit de cette nature des donations entre-vifs, dit Domat [5], qu'étant des conventions irrévocables qui dépouillent le donateur, toute donation qui manque de ce caractère et qui laisse au donateur la liberté de l'anéantir, est une donation nulle, c'est-à-dire qu'elle n'est pas en effet une donation entre-vifs. C'est de ce principe que dépend cette règle, commune en cette matière, que *donner et retenir*

[1] V. *Revue*, t. XXXIII, p. 207.
[2] *Mémorables observations du droit françois*, V° *Donation*.
[3] *Loc. cit.*
[4] *Loc. cit.*
[5] *Loc. cit.*

Digitized by Google

ne vaut, ce qui signifie que si le donateur retient ce qu'il donne, il ne se dépouille pas et ne donne point. » — « C'est, dit aussi Pothier [1], le caractère essentiel et distinctif de la donation entre-vifs d'être irrévocable ; car c'est ce qui la distingue de la donation pour cause de mort : d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité est un vice qui annule la donation entre-vifs, parce qu'il en détruit la cause. »

On le voit, à côté des explications qui rattachent la règle *donner et retenir ne vaut* à tel ou tel intérêt de telle ou telle personne, chez les auteurs mêmes qui les fournissent en se contredisant les uns les autres, s'en place une, sur laquelle ils sont unanimes, toute théorique d'ailleurs. Les plus éclairés d'entre eux n'ont pas fait apercevoir la distinction que nous indiquons en ce moment ; peut-être ne l'ont-ils pas aperçue eux-mêmes. Ainsi, selon Ricard, la règle « ne contient autre chose que l'extension de la définition de nos donations aux termes que nous les pratiquons, étant appelées par nos coutumes *entre-vifs* et *irrévocables* [2]. » L'interdiction des conditions potestatives « résulte de ce que l'âme de la donation entre-vifs, ce qui la constitue telle et met la différence entre la donation à cause de mort, est le dessaisissement actuel du donateur, par lequel il témoigne qu'il aime mieux que le donataire soit maître et propriétaire de ce qu'il lui donne que lui-même [3]. » Mais, après ce passage où Ricard paraît songer exclusivement à l'essence de l'acte même, en vient un autre que nous avons cité, où il est dit que c'est la loi qui attribue cette essence à la donation entre-vifs pour assurer les héritiers contre des libéralités exagérées [4].

Ainsi les coutumes et les jurisconsultes ont cru qu'il ne pouvait y avoir de donation entre-vifs, sans dessaisissement actuel, sans irrévocabilité.

Ces deux conditions, également essentielles, sont, aux yeux de nos anciens auteurs, contenues l'une dans l'autre.

Déjà, nous venons de le voir, la même idée, celle de la préférence que le bienfaiteur accorde au donataire sur lui-même,

[1] *Loc. cit.*, § 2.
[2] *Loc. cit.*, n° 970.
[3] *Loc. cit.*, n° 900.
[4] De même Ferrière, sur l'article 273, n°s 7 et 8.

Digitized by Google

sert à Pothier pour établir que le dépouillement actuel est essentiel, à Ricard, pour démontrer qu'un acte révocable ne saurait être une donation. Ferrière en fait également usage, quand il veut justifier en même temps les deux applications de la règle : *Donner et retenir ne vaut :* « Il ne doit point dépendre de la volonté du donateur de laisser la donation en suspens et d'en pouvoir disposer au préjudice du donataire, d'autant que la nature et la substance de la donation entre-vifs consistent dans le *délaissement actuel* que fait le donateur de la chose donnée, par lequel il fait voir qu'il aime mieux que le donataire soit maître et propriétaire de la chose que lui-même [1]. » Le *délaissement actuel,* d'après Ferrière, ne se borne donc pas à la tradition : il comprend l'irrévocabilité. La même idée se retrouve dans Bourjon [2].

Peut-être n'est-il pas moins vrai de dire que la nécessité du délaissement actuel résulte aussi de l'irrévocabilité. Sans doute, dans le dernier état du droit, la donation n'est point révocable par cela seul que la tradition ne l'a pas accompagnée; le donateur vivant peut être poursuivi par le donataire. Mais nous avons cru reconnaître que, anciennement, l'action était refusée à celui-ci. Le donateur, qui n'avait pas livré, gardait alors le pouvoir d'exécuter ou de retirer sa libéralité. D'Argentré, Le Caron ne voulaient pas admettre qu'il révoquât, lorsqu'il n'exécutait point : ils préféraient voir dans le défaut de délivrance la preuve que l'acte était simulé. Ils mettaient une fiction à la place de la réalité; ils y étaient forcés, reconnaissant au donataire le droit d'agir; mais Laurière ne se trompait point, quand il disait : « Nos pères tenoient pour maxime que, tant que la donation n'avoit pas reçu sa perfection par la tradition, elle pouvoit être révoquée par une volonté contraire, ou expresse ou tacite, et que c'en étoit une tacite que de retenir la chose donnée pendant toute sa vie [3]. » Le délaissement actuel était la condition de l'irrévocabilité.

Ce qui vient d'être dit peut se résumer ainsi : nos anciens auteurs estiment qu'il n'y a point de donation, si le donateur ne se dépouille complétement. Cette idée est exprimée par

[1] *Eod.*, n° 7.
[2] *Droit commun de la France*, liv. V, tit. IV, part. IV, ch. I, sect. 1.
[3] Sur l'article 274 de la coutume de Paris.

Digitized by Google

Auroux des Pommiers dans les termes suivants : « Donner, c'est transférer au donataire libéralement la propriété de la chose donnée, le caractère de la donation entre-vifs étant de dépouiller le donateur de la propriété de la chose, et réserver par le même acte le pouvoir de disposer de la chose donnée c'est révoquer sa donation, retenir en donnant : *est donatum adimere*, dit Basmaison [1]. »

16. D'où était venue à nos coutumes, à nos anciens auteurs cette théorie sur l'essence de la donation ?

La croyance générale était qu'elle avait été empruntée au droit romain.

Ricard, après avoir dit que les coutumes exigent, les unes la tradition réelle, les autres une tradition quelconque, ajoute : « Ces usages différents sont tirés de la disposition du droit écrit, suivant les divers changements qui y sont arrivés dans la suite des temps ; se reconnoissant par là une vérité importante que j'ai remarquée en plusieurs occurrences, que notre droit françois, dans son origine, a été formé en quelques parties sur le droit romain, non pas tel qu'il a été réduit dans les derniers temps, et tel qu'il s'observe aujourd'hui dans les provinces que nous appelons du droit écrit, mais qu'il est passé dans les Gaules en quelque temps mitoyen, auquel plusieurs de nos coutumes ayant été formées, on n'a point suivi les mutations qui étoient depuis arrivées, sinon dans les réformations de nos coutumes, où la reconnoissance du droit romain étant encore une fois revenue en France depuis la découverte d'Irnerius, les rédacteurs des coutumes y ont changé en quelques points ce qui avait été ajouté au droit civil. De là procèdent quantité de différences qui se trouvent dans les coutumes, les unes ayant gardé l'ancien usage et la conformité qu'elles ont avec l'ancien droit romain ou le mitoyen, et les autres ayant été réformées sur le nouveau [2]. »

Laissons de côté ce qui concerne la tradition feinte ; attachons-nous aux caractères essentiels de la donation.

Il y en a deux qui se rattachent l'un à l'autre : le délaissement actuel, l'irrévocabilité.

C'est à la condition du délaissement actuel que s'applique le

[1] Sur l'article 212 de la coutume de Bourbonnais.
[2] *Loc. cit.*, n° 905.

Digitized by Google

système de Ricard. D'après tous nos auteurs, comme d'après lui, il faut distinguer l'ancien droit romain et le droit de Justinien, le premier qui exigeait la tradition pour qu'une donation fût parfaite, le second dans lequel la donation était devenue un contrat, obligeant le donateur sans tradition réelle ou feinte.

Denys du Pont discute longuement pour prouver que les coutumes suivent le droit des Pandectes, où « la donation n'était point parfaite par le seul consentement et ne donnait pas d'action, avant la tradition de la chose, » tandis que Justinien attacha une *condictio* à la simple convention [1]. Le Caron nous dit de même : « Devant Justinien, la donation entre étrangers n'étoit réputée parfaite, sinon par tradition corporelle ou mancipation, qui étoit imaginaire vendition... Mais Justinien a voulu donner action pour la donation afin d'avoir tradition, indifféremment à toutes personnes, encore qu'il n'y eût stipulation pour lui donner force d'obligation [2]. »

C'était la loi Cincia qui passait pour avoir exigé la tradition ; c'était cette loi qui avait donné le ton aux coutumes. Nous ne voulons citer qu'une autorité, mais c'est celle d'un homme profondément versé dans la connaissance du droit romain, J. Godefroy ; il disait : « Cincia lex muneralis cohibendis donationibus lata mancipationis et traditionis in donationibus necessitatem regulariter induxerat. » On sait que la loi Cincia avait excepté certaines personnes de ses dispo-

[1] *Loc. cit.*, art. 169.

[2] *Mémorables observations, loc. cit.* — Cf. Ricard, *loc. cit.*, n° 907. — Laurière, sur la coutume de Paris, t. XIII. — Les commentateurs de la coutume de Normandie, sur les articles 444 et 445, Bérault. « Ce n'est point donner sinon quand on cède et transporte la propriété et possession de la chose : ce qui est conforme à l'ancien droit romain, parce que la tradition étoit nécessaire à la translation de la propriété. Mais d'autant que c'est contre ce droit introduit par Justinien...., pour cette cause on a trouvé qu'il étoit besoin de l'exprimer en la coutume. » Merville dit que « par l'ancien droit romain, les donations entre-vifs étoient nulles lorsque le domaine de la chose donnée n'étoit point transféré. » Patou, écrivant sur une coutume où la règle *donner et retenir ne vaut* n'est pas admise, ne conteste pas aux coutumes contraires l'autorité de l'ancienne jurisprudence romaine, « selon laquelle la tradition étoit nécessaire pour la validité de la donation entre-vifs. » (Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille tit. V, art. 1, gl. II, n° 11.)

Digitized by Google

sitions, c'est-à-dire qu'elle avait permis de leur donner au delà de la mesure fixée par elle-même. Selon Godefroy, l'exception consistait en ce que la donation faite à ces personnes était valable sans tradition [1].

Nous ne connaissons pas encore complétement la loi Cincia, mais nous savons qu'elle fixait une certaine mesure au delà de laquelle il n'était plus permis de donner, qu'elle n'avait pas eu pour objet de déterminer les caractères essentiels de la donation. Avons-nous besoin de faire observer sur quelle confusion repose la théorie de nos anciens auteurs ? Ils ne distinguent pas ce qui est nécessaire pour la translation de propriété de ce qui est nécessaire pour l'existence ou la validité de la donation, ou, s'ils font la distinction, comme du Pont, Le Caron et Ricard, ils la perdent immédiatement de vue. Sans doute, dans l'ancien droit romain, la donation ne transfère point par elle-même la propriété; la règle existe encore dans le droit de Justinien qui se contente de lui faire produire une créance. Mais si le donateur a promis au donataire sur la stipulation de celui-ci, n'est-il pas obligé? Son obligation ne passe-t-elle point à ses héritiers? La donation est donc parfaite sans tradition. Si notre ancien droit avait suivi la législation des Pandectes, il aurait reconnu à la simple convention, qui avait remplacé la stipulation, la même force obligatoire, et la donation eût été parfaite par le seul accord des parties. La stipulation n'existant pas chez nous et la réforme de Justinien ayant uniquement consisté à donner au pacte l'effet de la stipulation, il fallait avouer que notre droit coutumier s'écartait absolument du droit romain, des Pandectes aussi bien que du Code.

En passant condamnation sur le droit des jurisconsultes, on serait peut-être tenté de rattacher au droit impérial, contenu dans le Code Théodosien, la règle *donner et retenir ne vaut* et la nécessité de la tradition. D'une part, presque toutes les lois contenues au titre *De donationibus* de ce Code (VIII, 12) semblent subordonner la donation d'une chose corporelle à la mancipation ou à la tradition préalable. Constantin pose le principe dans la loi 1 : « Et corporalis traditio subsequatur. » Les lois 2, 4, 5, 7 et 8 le rappellent; la loi 7 en particulier,

[1] Ad l. 4, C. Theod., *De donationibus*.

Digitized by Google

rendue par Constance, paraît aussi explicite que possible[1]. D'autre part, on sait que le droit romain a été connu de l'ancienne France par l'intermédiaire du Code Théodosien avant de se présenter dans les recueils de Justinien. Quoi d'étonnant si une idée contenue dans ce Code a été adoptée par nos aïeux ?

Le raisonnement que nous venons d'indiquer doit être écarté par une fin de non-recevoir. Dans quelle partie de la France s'est exercée l'influence du Code Théodosien ? N'est-il pas permis d'affirmer qu'il n'a pas eu de part à la formation des coutumes ? C'est précisément dans les pays où il était connu et suivi que la règle *donner et retenir ne vaut* n'était pas acceptée. D'ailleurs la doctrine qui s'y trouve contenue n'est très-claire qu'en apparence. Oui, il semble au premier abord qu'il ne puisse y avoir de donation sans tradition, mais les empereurs iraient-ils jusqu'à refuser la *condictio* à celui qui aurait obtenu une promesse sur stipulation, pour cause de donation ? Les textes ne le disent pas, et il est difficile de croire qu'une telle dérogation ait été apportée aux principes les plus certains du droit. Il est maintenant reconnu que Constantin avait exigé la tradition comme moyen de preuve. M. de Savigny a démontré cette vérité, en comparant le texte abrégé qui forme la loi au Code Théodosien avec la constitution originale, longue et diffuse, que contiennent les *Fragments du Vatican*[2]. La sanction de la prescription est contenue dans ces mots qui ne sont pas reproduits au Code Théodosien : *Temere non erit fides accipienda*, une autre preuve ne sera pas facilement admise, mais elle pourra l'être; il est très-vraisemblable qu'un écrit sera considéré par le juge comme suffisant. Ces mots importants ont été effacés par l'effet d'une abréviation maladroite, non par le désir de changer la décision de Constantin. Celui-ci, dans la loi 4, reproduit une constitution d'Antonin-le-Pieux sur la donation entre parents et enfants. Godefroy croyait que

[1] « Quum genitoris mei scitis evidenter expressum sit, nullam donationem inter extraneos firmam esse, si ei traditionis videatur deesse solemnitas, et idem hujusmodi necessitatem liberis tantum ac parentibus relaxavit, in omnibus deineeps observari negotiis oportebit, ut donatio inter extraneos minus firma judicetur, si jure mancipatio et traditio non fuerit impleta. »

[2] *Système du droit romain*, trad. de M. Guenoux, t. IV, p. 201, § 165.

Digitized by Google

cette constitution dispensait de la tradition une donation de ce genre. Mais comment Antonin aurait-il introduit une exception à une règle qui n'existait pas encore de son temps ? Son innovation consistait à rendre obligatoire le simple pacte de donation entre parents et enfants, Constantin la rappelle et la consacre. Il est vrai qu'il suppose la donation faite sans mancipation ni tradition, mais c'est qu'il la suppose faite par simple pacte et ne pouvant devenir efficace en droit commun que par l'exécution. La réforme de Justinien consiste à étendre la règle spéciale qu'Antonin et Constantin avaient posée pour la donation entre parents et enfants. Cet empereur, qui n'a pas pour habitude de cacher ses innovations, ne parle d'une loi rendue par lui qu'à propos de la force obligatoire attribuée au simple pacte[1].

Ferrière se borne à dire : « Nos coutumes ont introduit une jurisprudence contraire (au droit de Justinien), » et il n'essaye pas de rattacher cette jurisprudence à l'ancien droit romain, à la loi Cincia[2]. Pothier, dans son *Traité des donations entre-vifs*, ne cite pas un texte romain sur le sujet qui nous occupe. Merlin a le premier réfuté complétement l'erreur commune des jurisconsultes qui l'avaient précédé[3].

Nos anciens auteurs ont voulu donner plus d'autorité à une règle coutumière en lui attribuant une origine romaine. Ils n'y ont réussi qu'au prix d'une erreur évidente.

Quant au principe de l'irrévocabilité, ils le considéraient comme tellement certain qu'ils se dispensaient le plus souvent de le démontrer, soit par des citations, soit par des raisonnements. Aucun d'eux ne révoquait en doute qu'il n'eût été admis à Rome. C'était souvent aux lois romaines qu'ils s'en remettaient pour savoir comment il fallait l'appliquer. Sur ce point, aucun changement n'était signalé dans l'histoire de la jurisprudence. La seule question qui parût douteuse était la

[1] L. 35, § 5, C., *De don.* (VIII, 54).

[2] Sur l'article 273, n° 4.

[3] « C'est, dit-il (*loc. cit.*, art. 1), une opinion assez générale qu'avant Justinien, auteur de la loi 35, C., *De don.*, on ne pouvait faire de donation entre-vifs sans une tradition actuelle. Nous l'avons ainsi avancé nous-mêmes dans les deux premières éditions de cet ouvrage ; mais, lorsqu'on s'est trompé, il faut avoir le courage d'en faire l'aveu. Prouvons donc que l'opinion dont il s'agit n'est qu'une erreur. »

Digitized by Google

suivante : le droit romain avait-il été si fermement attaché au principe de l'irrévocabilité qu'il eût proscrit toutes les conditions, même casuelles ? Et cette question était assez sérieuse pour exiger de longs développements [1].

Nos anciens auteurs commettaient encore une confusion à propos de l'irrévocabilité. Ce qui les trompait, c'était le parallèle établi entre la donation à cause de mort et la donation entre-vifs ; celle-là était révocable au gré du donateur, celle-ci irrévocable, mais les parties n'avaient-elles pas le droit d'insérer, dans l'une ou dans l'autre, des clauses qui dérogeassent au droit commun ? Nos anciens auteurs n'examinaient pas cette question.

Dans les pays de droit écrit, la règle *donner et retenir ne vaut* n'était pas admise, et cependant l'irrévocabilité était regardée comme naturelle aux donations entre-vifs : « Quoiqu'il soit de la nature des donations entre-vifs d'être irrévocables, » écrivait Fromental [2], et Despeisses : « La donation est entre-vifs..., lorsque le donateur a dit qu'il donnoit.... irrévocablement [3]. » Quelle fut la conséquence de la confusion que nous venons de signaler ? L'interdiction de toute clause par laquelle le donateur se réservait la faculté de disposer, finit par être étendue aux pays de droit écrit, et les législateurs qui l'y établirent ne surent pas qu'ils innovaient. Chopin avait dit : « Il est notoire que la donation et rétention des choses données ne vaut par nos coutumes, auxquelles le droit civil est différent et les terres de France qui se gouvernent sous icelui [4]. » D'Aguesseau, après avoir fait rendre l'ordonnance de 1731, ne cesse de répéter dans ses lettres qu'elle est exactement conforme au droit romain. « On peut dire, écrit-il [5], que, par rapport à ce qui a fait le sujet de la nouvelle ordonnance, c'est dans les lois romaines que les pays qui se régissent par les coutumes ont puisé les principes généraux qui y sont suivis, » et un peu plus loin : « Les unes et les autres (les maxi-

[1] Ricard, *loc. cit.*, nos 1038 et s.— Ferrière, sur l'article 274, nos 4 et s.

[2] Décisions du droit civil, canonique et françois par ordre alphabétique avec des observations sur l'ancienne et la nouvelle jurisprudence des pays qui se régissent par le droit écrit, vo *Donations*.

[3] *Des Contrats*, part. I, tit. XIV ; *des Donations*, sect. II, no 1.

[4] Sur la coutume d'Anjou, liv. II, ch. II, tit. IV, *in fin.*

[5] Lettre 290, déjà citée.

Digitized by Google

mes du droit coutumier et celles du droit romain) s'accordent parfaitement en ce qui concerne l'irrévocabilité des donations entre-vifs. » Dans une autre lettre, il s'exprime ainsi : « Il n'y a certainement rien dans cette loi qui soit contraire ni à l'esprit, ni aux plus purs principes du droit écrit [1]. » C'étaient cependant les pays de droit écrit qui résistaient à l'ordonnance ; il fallut toute la courtoisie du chancelier pour épargner au parlement de Toulouse des lettres de jussion [2], et le parlement de Bordeaux en exigea [3]. Mais ceux qui résistaient ne semblent pas avoir invoqué cet argument que l'irrévocabilité n'était pas essentielle aux donations entre-vifs d'après le droit romain. Ils concentraient leurs efforts sur des points particuliers, notamment sur l'interdiction portée contre la donation de biens présents et à venir par l'article 15 de l'ordonnance.

III.

17. C'est peut-être notre ancienne histoire qui nous apprendra pourquoi le dessaisissement actuel et complet a été regardé comme essentiel à la donation entre-vifs. Nous y verrons qu'il a fallu imposer aux donateurs et à ceux qui les représentaient le respect des actes faits par les premiers.

Il est naturel qu'une personne qui a fait à une autre une libéralité se considère comme n'étant pas complétement dépouillée de ce qu'elle a donné; les enfants ne comprennent pas sans peine qu'un don, au moins quand il est fait par eux, soit une aliénation; ils ont souvent l'envie et se croient le droit de le reprendre; le même sentiment existe, sans se montrer aussi naïvement, chez les hommes faits; il faut qu'il soit combattu par la réflexion, par le respect du droit d'autrui, pour qu'il ne s'empare point d'eux; c'est assez dire qu'il avait de grandes chances pour triompher dans l'âme des barbares.

De plus, les donations, depuis l'invasion et pendant tout le moyen âge, furent faites par des hommes non-seulement riches, mais encore puissants, à des hommes non-seulement pauvres, mais encore faibles et isolés; si les premiers vou-

[1] Lettre 286, 21 avril 1731.
[2] Lettre 296, 24 juillet 1731.
[3] Lettre 294, 13 juillet 1731.

Digitized by Google

laient reprendre leurs dons, ils en avaient la force, ils en devaient éprouver le désir.

Enfin les héritiers d'une personne ne sont jamais satisfaits d'avoir été dépouillés par elle au profit de tiers, quels qu'ils soient; leur mécontentement est d'autant plus légitime que le lien de la famille est plus fort. Dans les temps barbares, des successeurs ne devaient pas hésiter à faire rentrer dans un patrimoine qui leur paraissait injustement diminué des biens sur lesquels le donateur lui-même ne se fût pas fait scrupule d'étendre de nouveau la main.

On comprend pourquoi, depuis l'invasion et pendant longtemps, les donations n'eurent aucune stabilité.

D'autre part, il faut observer qu'elles étaient très-nombreuses. C'est ce qui arrive dans les temps et dans les pays où règne une grande inégalité. Y aurait-il des donations entre-vifs, si toutes les fortunes étaient égales? Un grand nombre de personnes attendent alors tout de la libéralité. Ceux auxquels des services sont rendus ne peuvent s'empêcher de les reconnaître; ils hésitent d'autant moins qu'ils ne se sentent pas appauvris, parce qu'ils diminuent un peu une fortune considérable. Plus on avance dans le moyen âge, plus la donation se répand; un grand nombre de contrats, onéreux en réalité, en prennent la forme et le nom. Bracton finit par dire : « Inter alias causas adquisitionis, magna, celebris et famosa est causa donationis, » et un peu plus loin : « Per eam magis adquiritur et sæpius quam per aliam [1]. »

Ainsi les donations étaient peu stables, et cependant plus elles étaient nombreuses, plus il était important de leur assurer cette stabilité qui leur manquait.

18. Nous allons rapporter quelques-uns des faits ou des documents qui montrent et le mal et les moyens employés pour y porter remède, en attendant qu'on eût trouvé le seul efficace, le respect du droit et des conventions.

La plupart sont pris à l'histoire ecclésiastique, intéressent l'Église ou les monastères. Ce n'est pas que les donations qui leur étaient faites fussent plus fragiles que les autres. Mais les prêtres et les moines gardaient le souvenir de leurs bienfaiteurs comme de ceux qui les avaient dépouillés; ils compre-

[1] Lib. II, c. V, n° 1, fol. 11.

Digitized by Google

naient mieux que les laïques l'utilité des confirmations; ils savaient les obtenir et les revêtir d'une forme solennelle dans l'espoir souvent trompé de les faire respecter.

Nous nous occupons d'abord des temps barbares, de ceux pendant lesquels ont régné nos deux premières dynasties.

Les formules de Marculf, qui appartiennent à la deuxième moitié du VIIe siècle, contiennent des renseignements précieux pour nous.

Dans le premier livre, consacré aux actes royaux, nous voyons apparaître le caractère incommutable que la volonté du donateur imprime à la donation : « Suis posteris, Domino adjuvante, ex nostra largitate, aut cui voluerit ad possidendum relinquat, vel quidquid exinde facere voluerit, ex nostro permisso liberam in omnibus habeat potestatem [1]. »

Mais la volonté du donateur pourrait bien être méconnue par ses successeurs. Le donataire leur demande une confirmation dont voici le résumé : La piété commande de maintenir les actes des parents, surtout lorsqu'ils sont faits au profit de l'Église ou des saints. Tel évêque a fait savoir que tel roi a donné à son église telle villa et nous demande de confirmer la donation. Nous la confirmons au nom de Dieu, de telle sorte qu'elle demeure pour toujours à cette Église et que celle-ci en ait la libre et entière disposition [2]. La confirmation se fait dans les mêmes termes au profit d'un laïque [3].

La lecture de ces actes a fait dire que les princes, dans les temps barbares, n'étaient pas liés par les concessions de leurs prédécesseurs, et même que le principe de l'inaliénabilité du domaine royal avait son origine dans les institutions mérovingiennes. Nous ne nous occupons pas de ce principe [4]. Les

[1] Lib. I, *Prologi de cessionibus regis*, c. 14 et 15. Canciani, t. I, p. 199.

[2] C. 16. — Cf. *Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du Ve au Xe siècles*, par Eugène de Rozière, CLIV, p. 197.

[3] C. 17. — M. de Rozière, CLII, p. 195.

[4] Nous demandons la permission de citer le passage suivant d'un traité, *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État*, par M. Arthur Desjardins : « Les termes même des formules suffisent à montrer que le pouvoir royal ne s'arrogeait pas ce droit de révocation. Un autre principe vient heurter le principe de l'irrévocabilité. Il n'est pas bien certain qu'à cette époque les rois se regardassent comme enchaînés par les engagements de leurs prédécesseurs, ou plutôt il est certain qu'ils trouvaient souvent commode de s'y soustraire. La présence des actes confirmatifs dans les formules de Marculf n'atteste qu'une réaction du droit contre le fait (p. 121). »

Digitized by Google

termes de la donation que nous avons rapportés, la transmissibilité aux héritiers (*suis posteris*), la faculté reconnue au donataire de disposer à son gré de la chose donnée, prouvent que le roi se dépouille sans retour. D'ailleurs si la première libéralité ne liait pas les successeurs, il en serait de même de la confirmation ; or nous trouvons dans cet acte des expressions non moins fortes : « Sub eo ordine ut ipse et *successores ejus* vel memorata ecclesia domini illius illam teneant et possideant, et *eorum successoribus* ad possidendum relinquant, vel quidquid exinde pro opportunitate ipsius sancti loci faciendum decreverint, ex nostro permisso liberam habeant potestatem. » Cette transmission de successeurs en successeurs serait tout à fait inexplicable, si la force juridique de l'acte devait cesser avec la vie du roi. Le même principe aurait gouverné sans aucun doute les donations et les concessions d'immunité. Or, dans les chartes qui confirment ces dernières, on lit : « Et ut hæc auctoritas tam præsentibus quam futuris temporibus inviolata, Deo adjutori, possit constari...[1] »

De ce qu'un droit est confirmé dans les temps barbares, on ne peut conclure qu'il eût cessé d'exister à défaut de confirmation. Il est certain que les ventes, que les échanges qui se font entre particuliers ne dépendent pas de la volonté du roi et de son existence ; les acquéreurs cependant lui demandent de les confirmer[2], c'est-à-dire de les protéger contre toute réclamation, contre toute violence. Ce qui est plus remarquable encore, c'est que les monastères et les particuliers se font confirmer toute leur fortune. L'acte s'exprime, en commençant, de manière à faire croire qu'il s'agit de dons royaux à maintenir : « La clémence royale décide avec raison de confirmer les dons et concessions de domaines faits par nos parents à ceux qu'elle sait avoir gardé leur foi inviolable envers les anciens rois, nos parents et nous-mêmes. » Mais, un peu plus loin, on voit que la confirmation a pour objet « tam quod regio munere ipse vel parentes sui promeruerunt, quam quod per venditionis, cessionis, donationis, commutationisque titulum ad præsens juste et rationabiliter est conquisi-

[1] Lib. I, c. 4. — M. de Rozière, XX, t. I, p. 24.

[2] M. de Rozière, CCLXXXIV et CCLXXXV, p. 342 et 343; CCCXVII et CCCXVIII, p. 378 et 379.

Digitized by Google

tum et ad præsens possidere videtur [1]. » Ainsi la confirmation s'applique à des droits très-certainement incommutables.

Les formules des temps carlovingiens montrent également le roi ou l'empereur faisant une donation, qui doit demeurer inviolable dans l'avenir[2], prescrivant à ses successeurs de la respecter, ou bien confirmant une donation antérieure dans l'intention de la rendre inattaquable à jamais[3]. Le pouvoir royal veut s'enchaîner lui-même; il se pose la règle suivante. « Imperialem celsitudinem decet prædecessorum suorum pia facta non solum inviolabiliter conservare, sed etiam censuræ auctoritate alacriter confirmare[4]. » Le devoir de confirmer une donation n'est que la conséquence du devoir de la respecter.

Dans les formules faites pour les actes des particuliers, l'intention qu'a le donateur de se dépouiller irrévocablement apparaît avec non moins d'évidence, au temps des Carlovingiens[5] comme au temps des Mérovingiens.

Mais les parties contractantes savent combien la volonté de l'homme est changeante, quand il fait une libéralité, et combien les héritiers sont disposés à revenir sur les dons de leur auteur. Aussi le donateur lui-même prononce-t-il les malédictions les plus terribles, implore-t-il le secours du roi et de l'Église contre ceux qui voudront détruire ce qu'il a fait[6] : « Si, ce que nous ne pouvons croire, *quelqu'un de nos héritiers*, la cruelle cupidité des juges, ou une personne quelconque, réclame, en se mettant en contradiction, sous quelque prétexte que ce soit, avec notre volonté, qu'il soit chassé de la réunion de tous les chrétiens et de l'Église, qu'il n'ait d'autre société que celle de Judas qui trahit Notre Seigneur Jésus-Christ, que de plus il paye au monastère ou aux frères y résidant, ensemble au fisc très-sacré, associé dans les actes et dans la poursuite, tant de livres d'or, tant de livres d'argent, et qu'il ne puisse même pas ainsi revendiquer ce qu'il réclame.... [7] » La formule

1 C. 31, p. 211.— M. de Rozière, CLI, p. 194. — C. 35, p. 213, M. de Rozière, CLVIII, p. 206.

2 M. de Rozière, CXL, p. 177, et CXLI, p. 179.

3 *Id.*, XXIII, p. 31.

4 *Id.*, CLVI, p. 202.

5 Canciani, app. ad Marc., *passim*.

6 Eod. Marc., lib. II, c. 1, p. 220.

7 *Eod.*, c. 3, p. 223.

Digitized by Google

suivante, conçue dans les mêmes termes, contient de plus cette déclaration : « Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'établir une peine dans les cessions, il nous a plu en insérer une pour plus de sûreté, *pro omni firmitate,* » et elle continue : « Si, ce que nous pouvons croire, soit *nous-mêmes,* à Dieu ne plaise ! soit quelqu'un de nos héritiers ou de ceux qui en tiennent la place, ou toute personne... »

Il résulte de ces formules qu'une personne a le droit de disposer de ses biens à titre gratuit, c'est-à-dire de se dépouiller elle-même, de dépouiller ses héritiers, et qu'il faut cependant redouter une revendication exercée, sans aucun droit, soit par elle-même, soit par ses héritiers. De là les moyens employés pour assurer la stabilité de la donation, les foudres de l'Église, qui sera d'autant plus disposée à les lancer qu'elle aura ordinairement à protéger ses propres biens, une amende, sans doute fort considérable, un intérêt donné dans la poursuite au fisc royal, qui ne demandera pas mieux que de s'enrichir en protégeant la propriété.

Cette idée ingénieuse d'intéresser le fisc au maintien de la donation fait d'autant plus de progrès que le pouvoir royal est ou paraît plus fort. Sous les Mérovingiens et dans le deuxième livre de Marculf, le fisc n'est pas toujours mentionné, quelquefois on ne lui demande que de contraindre au payement celui qui aura encouru l'amende envers le donataire ou ses représentans. Au contraire, dans l'appendice, où se trouvent les formules carlovingiennes, il est toujours associé au donataire. Il est même vraisemblable qu'il finit par toucher seul l'amende[1].

Nous rencontrons des peines, non-seulement dans les donations, mais, en général, dans tous les actes qui confèrent ou transfèrent des droits, dans les dispositions testamentaires, nécessairement et par elles-mêmes opposables aux héritiers, dans les ventes, dans les échanges, etc., nécessairement irrévocables d'après l'intention des contractants. En fait, il n'est pas plus d'actes irrévocables que de droits assurés dans une société où la violence peut tout. La force naturelle des conventions ne suffisant pas pour les mettre à l'abri

[1] M. de Rozière, CXCIX, p. 238. — Hincmar, *De divortio Lotharii et Tetbergæ,* éd. 1645, t. I, p. 641.

Digitized by Google

de toute atteinte, on imagine des garanties, destinées à être le plus souvent illusoires. Tous les actes sont exposés, mais la donation plus que tous les autres, parce que, après un certain temps, le souvenir qui en reste est celui d'une perte.

Un capitulaire de Louis-le-Débonnaire consacre ce principe que la donation, une fois exécutée, ne peut plus être révoquée. Il dit comment la tradition doit être faite et ajoute : « Postquam hæc traditio ista facta fuerit, heres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem [1]. »

Malgré les capitulaires et les formules, les confirmations et les peines, rois et sujets méconnaissent constamment les intentions de leurs auteurs, oublient leurs propres conventions, reprennent les libéralités. Il faut entendre les vives plaintes qu'élève le célèbre archevêque de Reims, Hincmar, dans la seconde moitié du IXe siècle. Il s'indigne contre ceux qui « confirment au hasard et à la légère ce qu'ils donnent à leurs fidèles ou à leurs amis, et le reprennent ensuite sans raison, quand ils se rappellent avec regret ce qu'ils ont donné. Ils ne songent pas qu'ils sortent du siècle, quand l'âme quitte le corps, que la terre demeure dans le siècle, que la charte de la confirmation royale est entre les mains de l'ancien possesseur des choses données [2], que les lèvres, quand les cœurs soupirent, sont excitées à maudire, non peut-être sans commettre de péché. Il fallait que le roi fît attention à deux choses, d'abord, à ne pas donner inconsidérément, ensuite à ne rien reprendre sans un jugement équitable, ou à ne pas laisser après le jugement la charte de donation intacte. Mais peut-être les princes qui liront on entendront ces choses, diront : *Les évêques nous ont bien châtiés : nous ne donnerons plus rien, pour n'être plus repris.* — Les évêques n'ont pas défendu de donner aux lieux saints ou aux fidèles, eux qui chantent pour tous : — *Vovete et reddite Domino vestro*, etc. — *Omnia fac cum consilio et post factum non pœnitebis.* — *Non facias quod iniquum est, neque injuste judicabis, et juste judica proximo tuo.* Comme le prince ne veut pas se voir en-

[1] Canciani, t. II, *Capitula addita ad legem salicam*, c. 6, p. 172.

[2] *A vacuo possessore*, dit le texte. Ces mots ne semblent pas devoir être pris dans le sens que leur donne le droit romain : *vacuus* paraît indiquer ici un possesseur dépossédé.

Digitized by Google

lever par un plus fort ce que Dieu lui a donné, que lui-même n'enlève pas, sans un jugement équitable, ce qu'il a donné ou ce qu'un autre a donné, parce qu'il est écrit : *Quod tibi non vis fieri, alteri ne facias* [1]. »

19. Il en était de tous les peuples barbares comme des Francs. L'illustre historien des *Moines d'Occident* dit, en parlant des anglo-saxons : « Il y avait d'autres rois..., qui révoquaient les donations faites par leurs prédécesseurs et réclamaient les domaines qui en avaient été l'objet, sauf à débattre leurs prétentions et la résistance des moines devant le Wittenagemot, dont les décisions pouvaient bien n'être pas toujours conformes au droit du plus faible. Les grands et les nobles n'imitaient que trop souvent les rois; ils revendiquaient les terres concédées aux monastères par leurs ancêtres, ou s'emparaient de celles qui les avoisinaient, en laissant la trace de leurs déprédations dans ces chartes nombreuses qui, en prescrivant des restitutions plus ou moins complètes ou tardives, démontrent en même temps que la violence et la rapacité n'avaient que trop souvent raison de la pieuse munificence des ancêtres.

Chez les Lombards, la reine Théodelinde croit assurer une donation faite à une Église par la menace de la malédiction éternelle. « Si quelqu'un, en quelque temps que ce soit, est si téméraire d'annuler et casser cet instrument témoin de ma volonté, que celui-là au dernier jour du jugement, soit damné avec Judas [2]. » Quelques années après, Rotharis rappelle par deux dispositions le respect dû aux donations : « Nulli donatori liceat ipsum *thinx*, quod antea fecerit, iterum in alium hominem transmittere [3]. » Il applique ce principe à la donation faite par une personne de tout ce qu'elle laissera à son décès ; il ne permet pas que le donateur « dissipe ensuite sa fortune par esprit de dol, mais seulement qu'il en jouisse avec raison. S'il arrive une telle nécessité qu'il doive vendre ou engager la terre, avec ou sans les esclaves, il dira d'abord au donataire : — Tu vois que, pressé par la nécessité, je veux vendre ces

[1] *De divortio Lotharii et Tetbergæ*, 12e interr. Réponse, t. I, p. 638 et s.

[2] Paul Diacre, *De gestis Langobardorum*, trad. de Foubert, Paris, 1603, liv. IV, ch. VII.

[3] C. 1, n° 174, Canciani, t. I, p. 76. Le *thinx* est l'acte judiciaire qui constate la donation.

Digitized by Google

choses. S'il te semble bon, viens à mon secours et conserve ces choses en ta propriété. — Si le donataire ne vient pas le secourir, l'autre à qui le donateur aura transmis ces choses les aura d'une manière stable et ferme [1]. » Charlemagne reste fidèle à l'esprit du droit lombard, en défendant que le donateur se réserve, « *comme cela se faisait jusqu'à présent*, le droit de vendre, donner, échanger, aliéner les mêmes choses par une autre charte; que chacun, dit-il, fasse définivement de ses choses ce qu'il veut, et qu'il sache que notre autorité lui interdit absolument de faire deux traditions à propos du même objet. Mais, après qu'il aura fait une tradition pour les choses qui lui appartiennent, qu'il n'ait plus le pouvoir d'en faire une autre pour les mêmes choses [2]. » Le désir de maintenir les donations mène la législation lombarde au point où, plusieurs siècles après, il conduira les coutumes françaises : la règle *donner et retenir ne vaut* paraît consacrée en Italie. Il semble que la portée n'en ait pas été comprise; Lothaire dut faire une constitution pour permettre la réserve de l'usufruit au profit du donateur [3]. Les héritiers du donateur s'armaient de celle de Charlemagne pour prétendre que toute donation, contenant une réserve quelconque pour celui qui se dépouillait, était nulle, et ils reprenaient les biens donnés [4].

La loi des Allemands suppose qu'une donation peut être attaquée, soit par celui-là même qui l'a faite, soit par un de ses héritiers. « Qu'il encoure, dit-elle [5], le jugement de Dieu et l'excommunication de la sainte Église, qu'il paye l'amende contenue dans la charte, qu'il rende les choses en entier, et qu'il acquitte le *fredum* public, d'après la loi [6]. »

La loi des Bavarois décide qu'une fois la donation faite et la charte déposée sur l'autel, ni le donateur, ni ses descendants ne peuvent réclamer aucun pouvoir sur la chose donnée [7].

La loi des Wisigoths déclare les donations irrévocables,

[1] Eod., n° 173, p. 75.

[2] *Lois de Charlemagne*, c. 178, t. I, p. 158.

[3] *Lois de Lothaire Ier*, c. 17, p. 196.

[4] *Vetus nota marginalis in uno Codice regio legis Langobardorum*, reproduite par Baluze, t. II, 1191.

[5] Tit. I, § 2, Canciani, t. I, p. 323.

[6] Le *fredum* était un droit établi pour celui qui jugeait.

[7] Tit. 1, c. 1, t. I, p. 358.

Digitized by Google

quel que soit celui qui les a faites, quel que soit celui qui les a reçues [1]. Elle contient deux dispositions remarquables et qui ne font qu'attester son respect pour la volonté des disposants. Si celui qui a écrit une charte de donation vient à mourir, avant d'avoir fait la tradition et sans avoir changé d'intention, le donataire peut revendiquer la chose. La loi admet la réserve de l'usufruit, mais en assimilant au testament la donation qui la contient, et par conséquent elle reconnaît au donateur la faculté de révoquer à son gré [2].

20. Les donations furent-elles plus solides dans les temps féodaux que dans les temps barbares ? On n'a que trop de raisons pour en douter.

Le moine Orderic Vidal semble avoir écrit principalement pour attester les innombrables donations faites à l'abbaye de Saint-Évroul. Que de précautions prises pour en assurer la durée ! « Un certain homme d'armes, vertueux et bon, nommé Wadon de Dreux, fit don de l'église de Saint-Michel sur Aure, dans le pays d'Évreux, avec le consentement de ses seigneurs, de ses enfants, de ses parens et de ses amis [3]. » — Les exemples rapportés presque à chaque page par Orderic Vital nous montrent qu'il fallait d'abord demander la confirmation au seigneur du donateur, quel que fût l'objet de la donation, quand même le bien ne relevait pas de lui, pour obtenir sa protection [4]. A cette confirmation on faisait ordinairement adhérer les enfants du seigneur [5]. La femme et les enfants du donateur signaient avec lui l'acte de donation. Est-ce parce que leur consentement, en particulier celui des enfants, était nécessaire pour la validité même de l'acte ? Un certain nombre de coutumes et de législations ont exigé le concours des descen-

[1] Lib. V, tit. I, c. 1 ; tit. II, c. 2 et 6, Canciani, t. IV, p. 114-116.

[2] Tit. II, c. 6, p. 116.

[3] *Coll. Guizot.* — Liv. III, t. II, p. 32.

[4] Liv. V, p. 411. Le comte Roger confirme une donation ainsi faite : « Le même Guillaume donna en outre à Saint-Pierre de Noron toutes les églises et les dîmes de tous les lieux, tant en Angleterre qu'en Normandie, ou en tout autre pays où il ferait des acquisitions. » Pierre de Maule confirme dans les termes suivants (p. 426) : « Étienne, fils de Gislebert, donna aux mêmes moines (de Sainte-Marie) une terre d'une demi-charrue à Goupillières, et quoiqu'il ne dépendît pas de mon fief, j'ai corroboré cependant sa donation dans cette charte de ma propre main. »

[5] Liv. V, p. 390, etc.

Digitized by Google

dants à toute aliénation définitive des biens patrimoniaux. Mais il ne semble pas qu'une telle règle ait existé en Normandie. Glanville dit : « Licet ita generaliter cuilibet de terra sua rationabilem partem pro sua voluntate cuicumque voluerit libere in vita sua donare; » un peu plus loin, il demande le consentement de l'héritier, mais seulement pour la donation faite au moment de la mort [1]. Orderic Vital rapporte que Germond le Roux de Montfort avait fait une donation à une abbaye de Sainte-Marie avec le concours de ses fils Hugues et Gaultier. Ce dernier, après la mort de Germond, « nia qu'il eût concédé cette donation, prétendant que son père lui avait donné ces biens avant d'en avoir fait part aux moines [2]. » Il nie son concours, pour se libérer de l'obligation qui en résulterait, mais il critique la donation, comme ayant eu pour objet des biens déjà donnés, non comme étant nulle parce qu'il n'y aurait point concouru. Ajoutons que nulle distinction n'est faite entre les biens patrimoniaux et les acquêts [3]. Après la mort du donateur, les fils confirment sa libéralité, même quand ils y ont concouru à l'origine [4], et ce concours ne fût-il pas contesté par eux, comme il l'était quelquefois [5]. Le second successeur du donateur confirme comme le premier [6]. Les parents autres que les fils interviennent dans les donations, tantôt comme témoins, tantôt comme héritiers éventuels, et dans ce dernier cas, ils s'obligent à respecter la donation s'ils viennent à succéder; mais il est tout à fait nécessaire, quand la succession est ouverte à leur profit, que cette obligation soit fortifiée par une confirmation.

Toutes ces adhésions, toutes ces confirmations du seigneur, des enfants, de la femme, des parents, il fallait ordinairement les payer, et quelquefois très-cher. Les prières ne suffisaient pas. A l'un, le couvent donnait une once d'or [7]; à l'autre quarante sous, dix sous [8], cinq marcs d'argent et un excellent

[1] Liv. VII, c. 1. Houard, t. I, p. 462.

[2] Liv. V, p. 435.

[3] Liv. V, p. 387. La confirmation s'applique à un bien acquêt.

[4] P. 423 et 432. Donation de Pierre de Maule, confirmée par Ansold de Maule.

[5] P. 435 et 438.

[6] P. 395.

[7] P. 387.

[8] P. 390.

Digitized by Google

cheval[1], et les contestations aboutissaient à des transactions, naturellement plus onéreuses encore[2]. On comprend sans peine que les héritiers des donateurs s'empressassent ou de réclamer ou de confirmer. Mais l'Église, en faisant ces coûteuses concessions aux nécessités d'un temps où régnait la force, rédigeait et rapportait les actes qui les contenaient de manière à bien établir son droit antérieur sur les choses données. C'était toujours à sa charité qu'étaient attribués le payement d'une certaine somme, le présent d'un cheval, etc. Celui qui avait confirmé s'était acquitté d'une obligation; elle se montrait généreuse envers lui; mais elle n'admettait pas que son droit eût eu besoin d'être renouvelé par lui.

L'ouvrage de Bracton est un peu moins ancien que la Chronique d'Orderic Vital. Il renferme un chapitre consacré aux confirmations, et ce chapitre commence ainsi : « Comme qeulquefois les donations, quoiqu'elles soient parfaites, sont empêchées par les héritiers, le donataire a besoin tantôt de la confirmation des héritiers, tantôt de celle des seigneurs, du roi, par exemple, ou des seigneurs inférieurs... La confirmation est la consolidation d'un droit antérieur et d'une propriété acquise, avec la première stabilité de la donation; car elle n'attribue rien de nouveau, mais consolide et confirme le droit ancien... Si l'héritier a confirmé le don de son prédécesseur ou d'un autre, que le don ait été parfait ou imparfait, valide ou non, il ne pourra plus être attaqué[3]. » Du reste, même d'après Bracton, la confirmation sert principalement à couvrir les vices d'une donation antérieure. Le jurisconsulte, qui pose le principe de l'irrévocabilité, n'a pas besoin d'insister beaucoup sur un renouvellement qui ne ferait que prévenir une révocation *ad nutum*.

Nous avons déjà rapporté les principales décisions de Bracton et de Britton sur la tradition. La donation est, d'après eux, imparfaite, tant que le chose n'est pas livrée, et, pour que la chose soit livrée, il faut que le donateur en ait complétement abandonné la possession, *corpore et animo*. En vain aurait-il quitté le fonds, en vain y aurait-il introduit lui-

[1] P. 395.
[2] P. 435, 436, 438.
[3] C. 25, fol. 58.

Digitized by Google

même le donataire, l'abandon ne serait pas complet, s'il y y avait laissé sa femme et ses enfants, même un serviteur, même un animal, même des meubles. « Comment pourra-t-on savoir, dit emphatiquement Bracton [1], dans quel esprit le donateur a fait la donation? Dieu seul voit le cœur de l'homme; l'homme ne peut juger que sur l'apparence, etc. » Il faut qu'aucun doute ne soit possible, que la possession n'ait pu être conservée au donateur par aucun intermédiaire. « Que nulle presumpcion puisse être, » dit Britton [2], et plus loin, parlant de la « meyné (famille) et chateus (meubles), qe demeurent el tenement— : Par quei presumpcion overe pur les heirs le donour en tel cas, qe le donour retient le fee et le fraunc tenemet en volunté, coment qe il monstra autrement par colour de fet [3]. »

Pourquoi ces précautions multipliées? cette recommandation d'un abandon si complet? C'est que les héritiers veillent, prêts à s'armer de la plus faible présomption pour attaquer l'acte, qu'ils regardent comme fait à leur préjudice. Il s'agit de leur enlever toute ressource. Aucun doute ne doit s'élever sur l'intention du donateur, sur la tradition qui en est le signe et l'accomplissement. C'est pour rendre la donation irrévocable que les jurisconsultes veulent rendre irréprochable l'acte par lequel elle est consommée.

Ce n'est pas seulement en Normandie, en Angleterre, que la donation est souvent menacée, que la confirmation est nécessaire. Les chartes abondent partout. Guy, comte de Poitiers, renouvelle en 1068 une libéralité faite par sa mère: « Concedo et ad integrum restituo.... sicut ipse et mater mea cum illo tenuerunt, et monasterio S. Trinitatis dederunt [4]. »

M. Beugnot a publié, à la suite des assises de la Cour des Bourgeois, un certain nombre d'actes intéressants où apparaissent en même temps le désir de faire une donation perpétuelle et la crainte qu'elle ne soit révoquée après la mort du donateur : « Immutabili donatione confirmo et corroboro,

[1] C. 18, n° 4, fol. 41.
[2] Liv. II, ch. IX, n° 3.
[3] Eod., n° 7.
[4] Canciani, t. I, p. 198, note 4.

Digitized by Google

dit le donateur[1], ut in perpetuum jure hereditario honorifice possideant, potestative teneant, feliciter honesteque habeant ;» il prononce des malédictions contre celui qui porterait atteinte à la donation, le condamne à restituer la chose, et à payer, en outre, mille livres *auri optimi*. Un autre donateur, se méfiant de lui-même, de son fils, qui signe avec lui, s'exprime ainsi : « Sub tali tenore et stabilitate, quod nec ego, nec filius meus Poncius, nec ullus ex heredibus meis, nec ulla potestas, etc.[2]. » Un troisième confirme une donation qu'il a faite en commun avec son père[3]. La propriété n'est pas mieux respectée dans l'Orient redevenu chrétien pour un temps bien court qu'elle ne l'avait été dans l'Occident à jamais conquis par les barbares. Le pouvoir royal n'a pas seulement à confirmer ses propres actes, chaque roi renouvelant les donations de ses prédécesseurs, les actes même qui se font entre particuliers sont revêtus de sa sanction. En l'obtenant, les intéressés espèrent donner à leurs conventions l'autorité qui leur manque.

24. Les efforts faits durant plusieurs siècles pour rendre la donation entre-vifs aussi durable que les autres modes d'aliénation sont enfin couronnés de succès. Le principe de l'irrévocabilité est proclamé par tous ceux qui rédigent les antiques coutumes, par les divers auteurs des *Assises de Jérusalem*, par les coutumiers anglo-normands, par Beaumanoir. A mesure que l'empire de la force devient moins exclusif, que la justice et les lois reprennent quelque autorité, les précautions imaginées contre l'usurpation et la fraude perdent de leur utilité : à quoi bon insérer des malédictions et des peines pécuniaires dans les chartes ? A quoi bon demander aux héritiers du donateur ou au donateur lui-même une confirmation qu'il faut payer et qui paraît impliquer le droit de révocation ? Le temps arrive où, par sa propre vertu, un principe de droit garantit suffisamment la propriété des particuliers et le respect des conventions.

C'est le caractère commun de toutes les conventions que, une fois faites, elles ne sont plus subordonnées à la volonté

[1] T. II, n° 1, de 1103.
[2] N° 3, de 1110.
[3] N° 29, de 1145.

Digitized by Google

d'une seule partie. Celui qui a pu ne pas consentir, ayant consenti, n'est plus libre de retirer son consentement, malgré l'autre contractant. Voilà pourquoi la donation doit être irrévocable, comme la vente, comme l'échange, comme le louage. Mais cette vérité qu'on ne pensait pas à exprimer à propos de la vente, de l'échange, que les contractants reconnaissaient dans la pratique et que les jurisconsultes n'avaient pas besoin de poser en principe, était si souvent méconnue en matière de donation entre-vifs, qu'il était indispensable de la proclamer, de la faire reconnaître pour la faire respecter. De là une insistance qui a produit un singulier résultat. Un principe qui n'était exprimé qu'à propos de la donation a paru spécial à la donation. On s'est demandé en quoi il consistait, et, comme il était impossible de ne pas reconnaître que les autres conventions étaient irrévocables par nature, non par essence, on s'est persuadé que la donation l'était par essence, qu'aucune clause ne devait être admise qui porterait atteinte à cette essentielle irrévocabilité. Peu à peu le principe, ancien dans la forme, nouveau par l'esprit, se développa; il parut servir efficacement l'intérêt des héritiers, en rendant les donations d'autant plus rares que le donateur ne pouvait se réserver aucun moyen de les reprendre en tout ou en partie; il était vraiment utile dans les pays qui établissaient une différence, pour la quotité disponible, entre la donation et le testament; il s'introduisit dans un grand nombre de coutumes, surtout au moment de la deuxième rédaction, força l'entrée de celles où il n'était pas expressément admis, devint le droit commun de la France, fit apparaître progressivement toutes les conséquences qu'il contenait, inspira une grande partie de l'ordonnance de 1731 et fut accepté sans aucune contestation par les rédacteurs du Code Napoléon. La donation devint, si l'on peut l'exprimer ainsi, le plus irrévocable de tous les actes, précisément parce que, durant plusieurs siècles, elle en avait été le moins solide.

Quant à la tradition, exigée à l'origine pour la donation, comme pour tous les actes translatifs de propriété, elle acquit une importance particulière, à cause des difficultés qu'eut l'irrévocabilité à se faire admettre. Pour que le donateur et ses héritiers eussent perdu tout droit sur l'objet de la donation, il fallait au moins qu'ils eussent voulu se dépouiller complé-

Digitized by Google

tement. Plus les conséquences d'une convention sont graves, plus il faut se garder de les attacher à un simple projet. Qu'il n'y ait pas moyen de revenir sur un acte, mais sur un acte consommé. L'esprit des Normands, jadis fertile en ruses, imagina des traditions apparentes qui trompaient tout le monde, même le donataire. Le donateur laissait un serviteur ou des meubles sur le bien donné. Les héritiers réclamaient ensuite, comme si ce bien n'eût jamais été livré. Les jurisconsultes déclarèrent que la tradition devait être complète pour être réelle. Ils assuraient l'irrévocabilité en même temps que la sincérité de la donation.

Un savant économiste a vivement critiqué la règle *donner et retenir ne vaut,* au nom de la liberté des conventions ; il a demandé l'abrogation des articles qui en font l'application, dans le Code Napoléon[1] . Nous nous sommes contentés d'en rechercher l'origine et, pour ainsi dire, la légitimité historique. Si nous ne nous sommes point trompé dans nos recherches, dans nos conjectures, dans nos conclusions, la règle *donner et retenir ne vaut* n'eut, à l'origine, qu'un sens bien simple; la donation, une fois faite, est irrévocable, comme toute convention; tant que le donateur n'a pas livré l'objet donné, il peut refuser la livraison, révoquer par suite la donation, la donation n'existe donc pas. Mais le sens de la maxime changea. L'irrévocabilité parut si respectable qu'il ne fut point permis d'y déroger. Une règle faite pour assurer le respect des conventions ne servit plus qu'à en restreindre la liberté.

ALBERT DESJARDINS.

[1] M. Batbie, *Révision du Code Napoléon* (*Revue critique*, t. XXVIII, p. 137 et 139 et *Cours d'économie politique*, 39e leçon, t. II, p. 184 et s).

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE L'ABOLITION DE LA CONTRAINTE PAR CORPS sur la législation commerciale,

Par M. Eugène Garsonnet, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

(*Suite et fin* [1].)

SECONDE PARTIE.

DE LA FAILLITE.

Nous voulons essayer maintenant, pour la faillite, le même travail que nous avons entrepris pour la lettre de change. La contrainte par corps est abolie : quels changements en résulteront dans la loi du 8 juin 1838 qui régit actuellement les faillites? Quelles dispositions doivent être modifiées ou abrogées? Comment convient-il de les remplacer? Seulement ici notre tâche sera beaucoup plus facile, et nous allons dire pourquoi.

L'idée de la contrainte par corps était intimement liée au système de la faillite; on l'y retrouvait à chaque phase de la procédure. En même temps que le jugement déclaratif arrêtait toute poursuite individuelle contre le failli, il ordonnait le dépôt de sa personne dans une maison d'arrêt, ou sa garde par un officier de police ou par un gendarme (C. de c., art. 455). C'était une mesure de sûreté tout à fait différente de la contrainte par corps, et qui n'était, du reste, ni absolue ni définitive; car, d'un côté, le failli en était exempt s'il avait déclaré lui-même la cessation de ses payements et déposé son bilan, et si, de plus, il n'était pas détenu pour autre cause (art. 456); d'autre part, le tribunal pouvait, par la suite et sur la proposition du juge-commissaire, lui accorder un sauf-conduit (art. 472). Puis, lorsque arrivait la clôture de la faillite, il fallait fixer la situation personnelle du failli : s'il obtenait un concordat, il se trouvait libéré de la contrainte par corps pour ses engagements antérieurs, mais il y était soumis pour les obligations résultant du concordat lui-même; si le con-

[1] V. *Revue*, t. XXXII, p. 454 et 531; t. XXXIII, p. 39 et 169.

Digitized by Google

cordat était par abandon d'actif, la contrainte par corps cessait complétement; si la faillite se terminait par l'union, le failli restait exposé aux poursuites de ses créanciers sur sa personne, à moins qu'il n'eût obtenu une déclaration d'excusabilité (art. 539); et enfin, si la clôture était prononcée pour insuffisance d'actif, le débiteur ne pouvait pas se faire déclarer excusable et n'avait aucun moyen d'échapper à l'emprisonnement. Ce système avait été vivement critiqué. Rien de mieux que la suppression de la contrainte par corps pendant la durée de la faillite; mais comment s'expliquer que, suspendue jusqu'à la fin des opérations, elle fût reprise encore, du moins contre le failli non excusable? Était-ce pour le faire payer? Non, sans doute, car l'union l'a dépouillé de son actif, au point que la loi l'autorise à demander des aliments (art. 474). Était-ce pour lui faire révéler l'actif qu'il pouvait avoir dissimulé? Encore moins, car il n'ira pas s'exposer, dans la crainte de la prison pour dettes, aux travaux forcés pour banqueroute frauduleuse [1].

Quoi qu'il en soit, c'est cet ensemble de dispositions qu'est venue modifier la loi du 22 juillet 1867. Puisqu'il n'y a plus aujourd'hui de contrainte par corps, la faillite déclarée ne peut la faire cesser, ni la faillite close la faire revivre. Les mœurs commerciales ressentiront sans doute, dans une certaine mesure, l'influence de ce changement : elles se révèlent surtout dans un moment de crise comme la faillite, où l'on juge de la prudence et de l'âpreté d'un créancier, de la probité ou de la mauvaise foi d'un débiteur. La loi nouvelle n'y saurait être indifférente, car elle va changer le mode de déclaration et augmenter le nombre des faillites.

Jusqu'ici la faillite était le plus souvent déclarée à la demande du débiteur. C'était généralement lui qui, pour échapper à la contrainte par corps, déposait spontanément son bilan et sollicitait le jugement déclaratif. Il y trouvait un double avantage : d'une part la contrainte par corps était suspendue, et si elle était remplacée par le dépôt dans une maison d'arrêt, ce dépôt était du moins facultatif, provisoire et révocable [2];

[1] M. Léveillé, *De l'abolition de la contrainte par corps* (*Revue pratique*, 1866, t. XXII, p. 332 et s.).

[2] M. Baroche, discours au Corps législatif, séance du 27 mars 1867; *Moniteur* du 18, p. 373.

Digitized by Google

d'autre part, dans l'hypothèse la plus défavorable, celle de l'union (nous laissons de côté le cas très-exceptionnel de clôture pour insuffisance d'actif), il pouvait encore obtenir un jugement d'excusabilité qui le mettait pour l'avenir à l'abri de toute poursuite contre sa personne. Dans ces circonstances, c'était naturellement le créancier qui résistait à la déclaration de faillite, car tout ce que le débiteur y gagnait c'était aux dépens du créancier : plus de contrainte par corps pour se faire payer isolément et au préjudice de ses cocréanciers, mais une détention exercée dans un intérêt collectif ; la faillite terminée, plus de poursuites personnelles contre le failli excusé[1]. Les rôles seront maintenant renversés. C'est le créancier qui, privé de la contrainte par corps, se hâtera de faire déclarer la faillite, et le débiteur qui s'y opposera, car elle consommera sa ruine sans lui assurer la liberté de sa personne. Aussi faut-il compter que le débiteur recourra aux derniers expédients pour retarder la cessation de ses payements : cela s'est vu maintes fois lorsque la contrainte par corps existait ; cependant la déclaration de faillite en aurait suspendu l'exercice, et le débiteur devait craindre que sa mauvaise foi ne lui fît re-

[1] Ces données sont confirmées par la statistique. Le compte d'administration de la justice civile et commerciale donne, pour la période de 1817 à 1836, sur 12,272 faillites déclarées, 7,857 à la requête du failli, 209 à la requête de ses créanciers, 1,320 d'office. Le rapport qui précède le compte de 1850 donne, pour la période de 1826 à 1850, sur 1000 faillites, 606 ouvertes sur la déclaration du failli, 336 sur celle de ses créanciers, 58 d'office (Renouard, *Traité des faillites*, t. I, p. 194-198). Le compte de 1860 dit également que 3/5 des faillites (576 sur 1000) ont été ouvertes sur la déclaration des faillis (Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. I, p. 54, note 1). Enfin, d'après le dernier compte, celui de 1866, publié en 1868, les résultats sont les mêmes : faillites déclarées à la requête du failli, 2,923 ; à la requête de ses créanciers, 1,906 ; d'office, 309 (p. 167).

Ajoutons que la considération de la contrainte par corps rendait quelquefois les auteurs et les tribunaux plus faciles à admettre la possibilité pour un débiteur de se mettre en faillite. Ainsi, sur la question de savoir si le débiteur qui n'a qu'un créancier peut être déclaré en faillite, un auteur se décide surtout pour l'affirmative par cette raison que l'article 541 refusant au failli le bénéfice de la cession de biens, celui qui n'aurait qu'un créancier et ne pourrait se mettre en faillite n'aurait aucun moyen d'assurer la liberté de sa personne (Lainné, *Commentaire analytique de la loi du 8 juin 1838 sur les faillites et banqueroutes*, p. 38). Une pareille raison ne pourra plus être alléguée.

Digitized by Google

fuser la déclaration d'excusabilité. Ce sera plus fréquent encore, aujourd'hui qu'il n'a rien à espérer de la faillite dans l'intérêt de sa liberté, ni à craindre des conséquences de sa mauvaise foi. La contrainte par corps supprimée entraîne, en effet, avec elle, la déclaration d'excusabilité; il n'y a plus de différence entre le failli de bonne foi et le failli de mauvaise foi, et, s'il a eu la précaution de ne commettre aucun acte constitutif de banqueroute[1], il n'y a aucun danger pour lui à retarder sa mise en faillite. A ce mal il n'y aura qu'un remède possible, l'insolvabilité commerciale érigée elle-même en délit moyennant certaines conditions, et nous y reviendrons[2].

Le nombre des faillites augmentant du même coup, le créancier qui voyait, à tort ou à raison, dans la contrainte par corps, une excitation au payement, et qui patientait en écrouant son débiteur, n'aura plus aucun ménagement, et au premier refus de payement le fera mettre en faillite. Est-ce un bien? C'est une autre question sur laquelle nous n'avons pas à nous prononcer, mais, quant au fait, il est certain. C'est même la conséquence principale de la loi du 22 juillet 1867, et le législateur ne s'y est pas trompé. On l'a appréciée diversement dans la discussion, mais on a été unanime à la signaler. « Il serait à « craindre, a dit M. Goerg au Corps législatif, si nous suppri- « mions la contrainte par corps, que le nombre des faillites ne « se multipliât dans des proportions fâcheuses; il serait à « craindre que le créancier, au premier titre qui tomberait « dans ses mains, ne voulût exécuter son débiteur; car, n'ayant

[1] L'article 585 dispose : « Sera déclaré banqueroutier simple tout com- « merçant qui se trouvera dans l'un des cas suivants : 1° si dans l'intention « de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du « cours; 2° si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circu- « lation d'effets, ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds. »

[2] M. Goerg s'est donc trompé lorsque, dans son discours au Corps législatif, il a exprimé la crainte que la suppression de la contrainte par corps ne portât les commerçants à se mettre en faillite avec une facilité dangereuse : « Je veux, disait-il, conserver à mon pays le sens moral; je ne veux « pas lui donner le spectacle démoralisant et contagieux de ces masses de « faillites; je ne veux pas qu'en France on arrive à se déclarer en faillite « aussi facilement et aussi allègrement que dans un pays dont je ne veux « pas dire le nom » (séance du 27 mars; *Moniteur* du 28, p. 372). Le nombre des faillites augmentera, mais des faillites déclarées à la requête des créanciers, non à la requête du débiteur.

Digitized by Google

« pas d'autre action personnelle contre le débiteur, il cherche-
« rait de suite à liquider sa situation pour sauvegarder ses in-
« térêts, et alors vous verriez s'ouvrir en France un nouveau
« système de faillite qui rentrerait dans le cadre des mesures
« conservatoires. Ce serait la ruine, ce serait le déshonneur
« qui viendraient frapper à l'improviste le débiteur, car la
« faillite ne prévient pas longtemps à l'avance, le tribunal de
« commerce peut être convoqué d'urgence, la faillite peut être
« prononcée irrévocablement dans les vingt-quatre heures[1]. »
M. Boinvilliers a dit de même au Sénat : « En supprimant la
« contrainte par corps, vous multiplierez les faillites et vous
« abaisserez le niveau de la moralité commerciale[2]. »

Mais nous ne voulons pas apprécier les conséquences de la loi du 22 juillet 1867 sur l'état des relations commerciales. Nous ne nous sommes proposé qu'une étude de droit : qu'y a-t-il à changer dans le Code de commerce par suite de l'abolition de la contrainte par corps? et, à ce point de vue, les résultats de la loi nouvelle nous paraissent beaucoup moins graves en matière de faillite qu'en matière de lettres de change. Nous avons cru trouver dans l'emprisonnement pour dettes la base du droit de change, et dans sa suppression le point de départ d'une réforme de ce droit tout entier; dans la faillite, au contraire, la contrainte par corps n'est qu'un accident. Le dépôt du failli dans une maison d'arrêt est, nous l'avons dit, une mesure de sûreté tout à fait distincte de la contrainte par corps, et, quant à cette dernière, on aura presque tout dit, bien qu'il y ait encore plus d'un détail utile à noter, quand on aura montré que le jugement déclaratif ne la suspend plus et que la déclaration d'excusabilité n'a plus désormais de raison d'être.

Il y a pourtant une conséquence peut-être prochaine et assurément inévitable, de la loi du 22 juillet 1867 ; mais elle se rattache trop indirectement à la contrainte par corps pour entrer dans ce travail : je veux parler de la refonte complète du livre III du Code de commerce, relatif aux faillites. Malgré les améliorations apportées par la loi du 8 juin 1838, le régime actuel des faillites offre encore de graves imperfections.

[1] Séance du 27 mars 1867 ; *Moniteur* du 28, p. 372.
[2] Séance du 17 juillet 1867 ; *Moniteur* du 18, p. 967.

Digitized by Google

Des formalités multipliées rendent difficile la liquidation de l'actif, en même temps que des frais excessifs la rendent coûteuse; d'autre part, le propriétaire locateur effraye les créanciers par ses prétentions exagérées d'exiger les loyers à échoir, prétentions contraires à la loi, suivant nous, mais admises par la Cour de cassation [1]. Tout cela éloigne de la faillite, et une loi qui, en supprimant la contrainte par corps, laisse la faillite pour seule ressource au créancier, appelle évidemment une réforme qui la rende accessible, pratique et avantageuse dans la mesure du possible. L'attention du législateur, au Sénat surtout, s'est portée sur ce point, et plusieurs orateurs ont exprimé la pensée que la loi abolitive de la contrainte par corps devait être suivie sans retard d'une loi modifiant la faillite. Dans le rapport présenté au nom de la commission, M. de Royer sollicite en ce sens l'intervention du gouvernement. « Dans la pensée de la commission, cette étude devrait « principalement porter sur les moyens de rendre la marche « de la faillite plus rapide et moins coûteuse, » et ce qui montre, suivant lui, le lien qui rattache la révision de la loi des faillites à l'abolition de la contrainte par corps, c'est qu'en Angleterre, la discussion d'un bill présenté le 14 mars 1867 pour abolir l'emprisonnement pour dettes, « est arrêtée « par la nécessité d'en concilier les dispositions avec un « autre bill présenté le même jour pour la révision de la loi « sur la banqueroute [2]. » Dans la pensée de M. Rouland, le vote qu'il émet en faveur de la loi est subordonné à la refonte complète du livre III du Code de commerce; il faut, suivant lui, que la faillite, qui n'est encore qu'un moyen de liquidation, devienne un moyen d'exécution. « Dès qu'un commer- « çant cesse ses payements, il faut absolument qu'il cesse le « commerce, que sa situation soit liquidée... Chose bizarre, « peut-être par un excès d'humanité et de précautions, par « accumulation de dispositions préventives, il est constant « aujourd'hui pour tous les hommes pratiques que la loi ac- « tuelle ne fonctionne pas bien au point de vue moral, et « que, sauf les lenteurs et les frais, elle n'agit guère que « pour la liquidation matérielle. Il s'agirait donc aujourd'hui,

[1] Cass., 28 mars 1865; D., 65, 1, 201.
[2] *Moniteur* du 6 juillet, p. 882-883.

Digitized by Google

« si l'on supprime la contrainte par corps, de modifier notre « loi de faillite de manière à lui faire produire l'effet juri- « dique et moral de cette contrainte. Tout est là. Si je souscris « comme commerçant une obligation, je n'aurai plus à consi- « dérer la contrainte par corps, mais je saurai que la loi des « faillites en France est organisée de telle façon qu'on me « demandera nécessairement compte de la bonne ou de la « mauvaise foi que j'ai apportée dans l'exécution de mon « engagement[1]. » M. Rouher a d'ailleurs pris au nom du gouvernement l'engagement de se livrer aux études nécessaires pour introduire dans la législation des faillites des réformes et des conditions de rapidité qui assurent aux créanciers la prompte réalisation de leur gage[2]. La section de législation du conseil d'État s'en est déjà occupée ; le projet de loi qui s'élabore pour la réforme du Code de procédure civile pourra donner l'occasion de reviser la partie de la loi des faillites qui concerne les frais, et un autre projet de loi sera bientôt présenté, modifiant les articles 2102-1° du Code Napoléon et 444 du Code de commerce, pour concilier les exigences du locateur et les intérêts des créanciers. C'est l'abolition de la contrainte par corps qui donne le signal de ce mouvement ; mais, pour ne pas sortir des limites de ce travail, nous devons nous borner à le signaler.

Nous arrivons donc à l'objet spécial de cette étude : quelles

[1] Séance du 18 juillet 1867; *Moniteur* du 19, p. 979. Je ne comprends pas bien la pensée de l'honorable orateur. Qu'a-t-il voulu dire avec cette faillite qui doit être à la fois un moyen de liquidation et un moyen d'exécution? N'est-elle pas déjà l'un et l'autre? Si les créanciers consentent un concordat, le débiteur est bien et dûment exécuté, puisqu'il n'est remis à la tête de ses affaires qu'en payant un dividende à ses créanciers et qu'à défaut du payement de ce dividende, le concordat est résolu et la faillite rouverte (art. 520). Si, dans ce cas, l'exécution n'est pas plus complète, ce n'est pas la faute de la loi, c'est que les créanciers n'ont pas voulu réduire leur débiteur à la dernière extrémité. Mais s'ils se placent sous le régime le plus défavorable à ce dernier, celui de l'union, l'exécution est bien complète, puisque, sauf les aliments du failli (art. 474), son actif est réparti jusqu'au dernier centime entre les ayants droit. Peut-être M. Rouland a-t-il voulu dire qu'il faut remplacer la contrainte par corps par quelque voie d'exécution contre la personne du débiteur de mauvaise foi. Ce serait une nouvelle peine pour un nouveau délit, l'insolvabilité commerciale, et nous nous expliquerons plus tard sur ce point.

[2] Séance du 18 juillet 1867; *Moniteur* du 19, p. 979.

Digitized by Google

sont les dispositions du Code de commerce en matière de faillite qui ne sont plus en harmonie avec l'état actuel de la législation, depuis la loi du 22 juillet 1867 ?

I. Il y a d'abord un effet du jugement déclaratif qui cessera de se produire : c'est la suspension de la contrainte par corps. L'article 455 dispose que le tribunal de commerce pourra ordonner le dépôt du failli dans une maison d'arrêt ou la garde de sa personne, et il ajoute : « Il ne pourra, en cet état, être reçu contre « le failli d'écrou ni de recommandation pour aucune dette, » c'est-à-dire que la contrainte par corps ne pourra plus être exercée. On se demandait si cette disposition était applicable aux créanciers hypothécaires et privilégiés comme aux créanciers chirographaires, aux créanciers postérieurs au jugement déclaratif comme aux créanciers antérieurs [1]. Cette disposition est désormais sans application et cette controverse sans objet : la contrainte par corps ne sera plus suspendue ; elle n'aura pas pu être exercée.

II. Mais le dépôt du failli dans la maison d'arrêt ou la garde de sa personne par un officier de police ou un gendarme pourra toujours être ordonné par le tribunal de commerce. Cette partie de l'article 455 reste en vigueur, ainsi que l'article 456, qui 1° exempte de cette mesure de précaution le failli qui a, conformément aux articles 438 et 439, déclaré sa faillite et déposé son bilan dans les trois jours de la cessation de ses payements et qui n'est pas détenu pour autre cause ; 2° permet au tribunal de commerce de rapporter la décision qu'il aurait prise d'abord contre le failli. Les articles 471 à 473, qui en sont le complément, conservent aussi leur application, et le tribunal peut, comme par le passé, sur la proposition du juge-commissaire ou à la demande du failli, accorder un sauf-conduit avec ou sans caution. Il a été dit expressément, dans les travaux préparatoires, qu'on entendait ne pas supprimer ces dispositions. « Vous savez bien, a dit M. Segris au Corps « législatif, que, lorsque la faillite est déclarée, le tribunal « peut ordonner le dépôt du failli dans une maison d'arrêt ou « la garde de sa personne. Entendez-vous dépouiller le tri-

[1] Cpr. sur la première question, Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Faillite*, n° 381 ; sur la seconde, Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 151-153 ; Paris, 29 novembre 1858 et 1er février 1859 ; Dev. Car., 59, 2, 291.

Digitized by Google

« bunal de ce droit? Non, on le maintient, nous sommes « d'accord sur ce point. Plus tard, suivant l'état des affaires « du failli, le juge-commissaire peut accorder un sauf-conduit « au failli et le mettre en liberté. Rien de mieux, j'y applaudis[1].» Et M. de Royer a dit également au sénat : « Il y a une mesure « d'emprisonnement aussi en cas de faillite, c'est-à-dire le « dépôt dans une maison d'arrêt.... N'est-ce pas là un état de « choses plus régulier, offrant plus de garanties que quand un « créancier plus avisé et souvent moins humain fait incarcérer « le débiteur par un garde du commerce pour obtenir le paye- « ment intégral de sa créance, ce qui entraîne plus tard la « faillite du débiteur et un grave préjudice pour la masse[2]? » On peut même affirmer que le débiteur se trouvant toujours en liberté lors de la déclaration de faillite, le tribunal prononcera plus souvent qu'on ne le faisait jusqu'ici, son arrestation provisoire, et préviendra ainsi le danger, s'il y en a, qui résulterait d'une trop grande liberté laissée au failli. Il n'y a, du reste, rien de commun entre la contrainte par corps et l'arrestation permise par les articles 455 et 456, et l'on peut signaler entre elles deux différences importantes : la contrainte par corps était exercée par un créancier dans un intérêt individuel, l'arrestation provisoire est une mesure de précaution prise dans un intérêt collectif; la contrainte par corps tendait à faire payer le débiteur, l'arrestation n'a pas le même but, puisque le failli, dessaisi de ses biens, ne peut plus faire de payement valable; elle ne fait donc qu'assurer la représentation de sa personne, nécessaire aux opérations de la faillite.

III. Tant que dure la faillite, l'abolition de la contrainte par corps a donc peu d'influence sur la liberté du failli; mais, lorsqu'elle est close, avec elle cesse la situation créée par le jugement déclaratif, et c'est alors qu'avant la loi de 1867 la contrainte par corps reprenait ses droits. Or plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

IV. D'abord les créanciers peuvent consentir à leur débiteur un concordat. Dans ce cas l'article 455 cessait de s'appliquer, et la contrainte par corps n'était suspendue que pendant la durée de la faillite. Sans doute le failli ne pouvait

[1] Séance du 28 mars 1867; *Moniteur* du 28, p. 373.
[2] Séance du 18 juillet 1867; *Moniteur* du 20, supplément, p. 989.

Digitized by Google

être poursuivi sur sa personne non plus que sur ses biens pour les engagements antérieurs au concordat et dont le concordat lui accordait la libération. Sans doute aussi le concordat pouvait lui faire remise de la contrainte par corps, à raison même des engagements nouveaux qu'il y prenait [1], auquel cas aucun créancier ne pouvait le faire incarcérer, le failli lui eût-il promis, par engagement spécial, de le désintéresser intégralement, et la dette originaire eût-elle même été garantie par des titres entraînant contrainte par corps [2]. Mais, sauf ces deux restrictions, venant l'une de sa libération consentie dans le concordat, et l'autre d'une stipulation expresse de ce même concordat, la contrainte par corps garantissait le payement des dividendes promis aux créanciers, et on pouvait poser à cet égard les deux principes suivants :

1° Les anciens créanciers commerciaux qui ont perdu, par le fait du concordat, le droit à la contrainte par corps comme garantie des créances dont ils ont fait remise, le conservent comme sûreté du payement des dividendes par eux stipulés, s'ils n'y ont renoncé expressément par quelque clause particulière de ce même concordat. Cela avait été contesté par un auteur [3] qui avait refusé même aux créanciers commerciaux le droit d'exercer la contrainte par corps, parce que, disait-il, la faillite l'a fait cesser; mais, outre qu'il eût été dangereux d'encourager, par l'espoir d'une inexécution impunie, des promesses légères ou mensongères [4], c'était oublier que l'article 455 n'a trait qu'aux opérations de la faillite et cesse de s'appliquer dès que la clôture en a été prononcée;

2° Les anciens créanciers civils peuvent aussi exercer la

[1] Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 69; cass., 5 janvier 1814 (Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 151, note 2).

[2] « Attendu que, par suite de la faillite et du concordat, Morin a cessé « d'être sujet à la contrainte par corps pour cette dette, et qu'encore bien « qu'il ait été stipulé dans l'acte du 6 avril 1853 qu'il n'était pas fait nova- « tion aux titres de créance de Sabatié, Arribault et compagnie, et notam- « ment au jugement du tribunal de commerce rendu à leur profit, néan- « moins il n'a pu dépendre de Morin, ni de Sabatié, Arribault et compagnie, « de faire revivre la contrainte par corps par une convention particulière; « que ce résultat n'aurait pu être obtenu que par une résolution judiciaire « du concordat » (Paris, 24 mai 1856; D., 57, 2, 45).

[3] Mousnier, *Traité du concordat en matière de faillite*, n°s 157bis-160.

[4] Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 69.

Digitized by Google

contrainte par corps en vertu du concordat. Les engagements qui résultent de ce traité sont, en effet, commerciaux par eux-mêmes, et entraînent, en conséquence, la contrainte par corps au profit même de ceux des créanciers qui n'avaient que des titres civils. Sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir ici l'idée d'une novation, cela se justifie par cette seule idée que le concordat lie les créanciers civils comme les créanciers commerciaux, et qu'il n'est pas possible que, leur imposant les mêmes obligations, il ne leur confère pas les mêmes droits. Peu importe que l'article 545 conserve aux créanciers leur action contre les cautions et autres coobligés du failli : on en a conclu que le concordat n'a pas éteint les anciennes créances pour les transformer en créances commerciales; mais, s'il leur laisse une garantie qu'ils s'étaient fait donner en vue de l'insolvabilité de leur débiteur, et qu'il serait absurde de leur enlever justement quand cette insolvabilité s'est réalisée, ce n'est pas une raison pour que le concordat ne leur confère pas une sûreté nouvelle, qui leur est plus nécessaire que jamais [1].

Cet ensemble de garanties a été supprimé par la loi de 1867 : on ne verra plus de concordats faire au failli remise de la contrainte par corps, il en est exempt de droit; seulement les créanciers hésiteront peut-être davantage à faire des concessions au failli quand ils seront moins sûrs de l'exécution de ses engagements. Reste, si on la crée un jour, la peine de l'insolvabilité considérée comme un délit en dehors même des cas de banqueroute : elle n'atteindra pas le débiteur malheureux qui aura obtenu un concordat en considération de sa bonne foi, mais le failli moins intéressant à qui ses créanciers ne l'auront accordé que dans la crainte de perdre davantage. D'ailleurs, l'inexécution des engagements pris par le concordataire est une cause de résolution du concordat, la faillite est rouverte et le failli peut être de nouveau emprisonné en vertu de l'article 455 [2].

[1] Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 68; Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 803; — *contra* Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 429, note 2; Bruxelles, 17 février 1831; Paris, 22 avril 1844 (Dalloz, *op. et loc. citt.*, p. 269, note 1).

[2] Riom, 2 août 1853; D., 54, 2, 99.

L'abolition de la contrainte par corps aura suivant nous, en matière de

Digitized by Google

V. Le concordat par abandon d'actif n'est pas atteint par la suppression de la contrainte par corps. On pourrait en

concordat, un autre résultat, mais purement théorique : elle rendra plus exacte la disposition de l'article 508. Cet article porte : « Les créanciers hy-« pothécaires inscrits ou dispensés d'inscription et les créanciers privilé-« giés ou nantis d'un gage n'auront pas voix dans les opérations relatives « au concordat pour lesdites créances, et elles n'y seront comptées que s'ils « renoncent à leurs hypothèques, gages ou priviléges. Le vote au concordat « emportera de plein droit cette renonciation. » Le motif de cet article est que les créanciers hypothécaires et privilégiés sont désintéressés du concordat à cause des sûretés particulières dont ils sont munis, et qu'il est juste par conséquent qu'ils ne puissent ni en imposer les sacrifices aux créanciers chirographaires qui n'en voudraient pas, ni priver de ses avantages les créanciers disposés à le consentir. Or cette proposition n'est pas exacte dans des termes aussi absolus. Ce qui prouve que les créanciers hypothécaires, privilégiés et nantis ne sont pas si désintéressés en matière de concordat, c'est qu'ils ont le droit, au même titre que les créanciers chirographaires, d'en demander l'annulation pour dol ou fraude, en vertu de l'article 518. La loi ne distingue pas, en effet, et n'exclut aucun créancier de cette action en nullité (Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 456, note 1 ; Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 869). Et en effet, en tant qu'hypothécaires ou privilégiés ils sont en dehors du concordat, mais ces garanties spéciales ne leur enlèvent pas le bénéfice du droit commun ; pour être plus que chirographaires ils ne cessent pas d'avoir ce titre et en ce sens ils sont atteints par le concordat. Or ceci a une grande importance au point de vue de la contrainte par corps : de l'article 516 qui dispose que « l'homologation « du concordat le rendra obligatoire pour tous les créanciers portés ou « non au bilan, » il résulte que l'exemption de la contrainte par corps, conséquence du concordat, est opposable aux créanciers hypothécaires et privilégiés eux-mêmes. Ils ne peuvent, pas plus qu'un créancier concordataire, faire incarcérer le failli pour ses engagements antérieurs (Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 71 ; tribunal de Toulouse, 25 juin 1863 ; D., 64, 2, 44), et il a été jugé par application de ce principe, que 1° si le concordat accorde au failli un délai pendant lequel on ne pourra l'emprisonner, les créanciers hypothécaires et privilégiés ne pourront le faire écrouer pendant ce délai ; 2° si le concordat contient une renonciation complète à la contrainte par corps, les créanciers hypothécaires et privilégiés ne peuvent plus l'exercer, même en cas de stellionat (Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, p. 479, note 2 ; Renouard, *op. et loc. citt.*; *contra* Bédarride, *Traité des faillites*, *op. cit.*, t. III, n°s 977 et s.; Geoffroy, *Code pratique des faillites*, p. 344 ; Toulouse, 19 janvier 1864 ; D., 64, 2, 44). Cela prouve que le concordat atteint les hypothécaires et les privilégiés comme les chirographaires, et que l'article 508 n'a pas tout à fait raison de leur refuser le droit d'y voter. Aujourd'hui qu'il n'y a plus de contrainte par corps, le concordat ne lie plus à ce point de vue les deux classes de créanciers, et l'article 508 ne peut plus être critiqué à cet égard ; mais le concordat les lie encore en ce sens qu'ils ne peuvent plus exercer de poursuites sur les biens qui ne forment pas leur gage

Digitized by Google

douter si l'on s'attachait aux travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1856 et à la place qu'occupe dans le Code ce genre d'arrangement. Ne s'est-on pas imaginé, en effet, que ce concordat avait pour but de remplacer, en matière de faillite, la cession de biens qui en est exclue par l'article 540, et de soustraire le failli à la contrainte par corps? On retrouve cette idée jusque dans le rapport fait par M. Benoit-Champy au nom de la commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet qui est devenu la loi du 17 juillet 1856. « Le débi-« teur, y est-il dit, est libéré de son côté pour l'avenir et « affranchi de la contrainte par corps sans jugement d'excu-« sabilité..... Ce nouveau contrat, destiné à restituer au débi-» teur la ressource qu'il trouvait dans le bénéfice de la cession « de biens, en diffère cependant à plusieurs points de vue [1]. » C'est pour cela qu'on a inséré la disposition nouvelle relative au concordat par abandon, dans l'article 541, après l'article 540 qui refuse au failli le bénéfice de la cession de biens. Tous les auteurs reconnaissent qu'il n'y a pas de point de vue plus faux : aux termes de l'article 450, le jugement déclaratif a déjà suspendu la contrainte par corps ; le concordat ne peut donc avoir pour but d'en exempter le failli ; il n'a donc aucun rapport avec la cession de biens, et M. Bravard, dans un rapport fait en 1850 à l'Assemblée constituante, sur un projet de loi modifiant la faillite, avait mieux placé le concordat par abandon dans l'article 619, à la suite des effets du concordat [2]. S'il n'a aucun rapport avec la contrainte par corps, il reste entier depuis la loi du 22 juillet 1867, et sert, comme auparavant, à laisser l'actif aux mains des créanciers en échange des remises qu'ils accordent au débiteur.

VI. Les créanciers peuvent refuser le concordat et se mettre en état d'union, c'est-à-dire poursuivre eux-mêmes sur l'actif de la faillite, sans délai ni remise, le recouvrement de leurs créances. Toutefois le tribunal peut prendre en considération

spécial, attendu qu'en le faisant, ils se présenteraient comme créanciers chirographaires (Renouard, *op. et loc. citt.*; cass., 11 février 1845 ; D., 45, 1, 158). L'article 508 n'est donc pas encore tout à fait exact à ce point de vue et ceci autorise toujours les créanciers hypothécaires, privilégiés et nantis, à demander, le cas échéant, l'annulation du concordat.

[1] D., 56, 4, 115 et 116.

[2] Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 153 et 484 ; Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 172.

Digitized by Google

la bonne foi du failli, et prononcer en sa faveur une déclaration d'excusabilité: les articles 537 et 538 disposent, en effet, qu'après la liquidation, les créanciers, assemblés pour la dernière fois par le juge-commissaire pour entendre les comptes des syndics, donneront un avis sur l'excusabilité du failli; que chacun d'eux pourra, à cet effet, consigner au procès-verbal ses dires et observations; que le juge-commissaire présentera au tribunal le résultat de cette délibération et un rapport sur les caractères et les circonstances de la faillite; qu'enfin le tribunal prononcera si le failli est ou non excusable. Un triple effet était autrefois attaché à cette déclaration : 1° elle excluait la prévention de banqueroute, car l'ancien article 531 disposait qu'en cas de refus du tribunal de commerce, le failli devait être en prévention de banqueroute; 2° elle rendait au failli l'exercice de ses droits électoraux (décret des 18-22 avril 1848; loi du 15 mars 1849, art. 37); 3° elle conférait l'aptitude à la réhabilitation, en vertu des anciens articles 526 et 531 : « S'il accorde l'homo-« logation, le tribunal déclarera le failli excusable et suscep-« tible d'être réhabilité; le tribunal prononcera si le failli « est ou non excusable et susceptible d'être réhabilité[1]. » L'excusabilité ne produit plus maintenant aucun de ces trois effets : d'une part, elle n'a plus rien de commun avec la réhabilitation, car aucun texte de la loi de 1838 ne les rapproche l'une de l'autre; d'autre part, les anciens articles 526 et 531 n'ont pas été conservés en 1838, et en conséquence la déclaration d'excusabilité n'exclut pas la prévention de banqueroute; enfin la capacité électorale ne résulte plus de l'excusabilité et n'est plus attachée qu'à la réhabilitation (loi

[1] Ce dernier point était controversé, mais l'opinion exprimée au texte nous paraît certaine en présence des anciens articles 526 et 531 qui prouvent nettement l'intention du législateur, de faire dépendre la réhabilitation d'une déclaration préalable d'excusabilité. M. Demangeat dit cependant que « l'on reconnaissait généralement que l'intention du législateur n'avait pas « été de faire dépendre la réhabilitation de l'excusabilité déclarée » (*op. cit.*, t. V, p. 839, note 2; cpr. Duvergier, *Collection des lois*, année 1838, p. 416, note 5), mais il n'est sans doute pas de cet avis, car il dit lui-même, dans un autre endroit : « sous l'empire du Code de 1808, l'effet du bénéfice d'excusabilité accordé au failli était de lui conférer l'aptitude d'être réhabilité et de le soustraire à la prévention de banqueroute » (*op. cit.*, t. V, p. 642, note 2).

Digitized by Google

du 31 mai 1850, art. 8; décret du 2 février 1852, art. 15-17). Mais la loi de 1838 a fait produire à l'excusabilité un effet nouveau, l'exemption de la contrainte par corps, aux termes du nouvel article 539 : « Si le failli n'est pas déclaré excu-« sable, les créanciers rentreront dans l'exercice de leurs « actions individuelles, tant contre sa personne que sur ses « biens; s'il est déclaré excusable, il demeurera affranchi de « la contrainte par corps à l'égard des créanciers de sa fail-« lite, et ne pourra plus être poursuivi par eux que sur ses « biens, sauf les exceptions portées par les lois spécia-« les.» La liberté de sa personne, tel est, dans la législation actuelle, le seul avantage que l'excusabilité procure au failli. Ceci amène naturellement à se demander ce qui reste de l'excusabilité, après la suppression de la contrainte par corps.

Une question semblable s'était élevée avant la loi du 22 juillet 1867 : y a-t-il lieu de déclarer excusable une personne qui ne peut être exempte de la contrainte par corps? La difficulté s'était présentée pour l'étranger. La contrainte par corps ne peut être exercée, dit l'article 539, contre le failli excusé, sauf les exceptions portées par les lois spéciales; or un de ces cas exceptionnels est celui de l'étranger, qui est de plein droit contraignable par corps en vertu de toute espèce d'obligation (loi du 17 avril 1832, art. 14); donc l'excusabilité peut être accordée à l'étranger failli, mais ne le dispense pas de la contrainte par corps [1]. A quoi bon le déclarer excusable? On avait répondu ingénieusement qu'il ne serait plus désormais contraignable par corps en qualité de commerçant et aux termes de l'article 1 de la loi du 17 avril 1832, mais comme étranger et en vertu de l'article 14 de la même loi; et l'intérêt de la distinction consiste en ce que la contrainte par corps exercée en vertu de l'article 1 est une mesure de protection du commerce en général, et dont l'application peut être réclamée par tous les créanciers, au lieu qu'exercée en vertu de l'article 14 elle ne protége que les

[1] Dalloz, *op. et loc. citt.*, n° 990; Demangeat, sur Bravard, *op. cit.*, t. V, p. 642, note 2; Bioche, *Dictionnaire de procédure*, 4e édition, v° *Faillite*, n° 461; Paris, 22 février 1861; D., 61, 2, 77; tribunal de commerce de la Seine, 7 septembre 1865; D., 65, 3, 80.

Digitized by Google

créanciers français qui ont seuls le droit d'invoquer cet article [1].

Le même expédient ne peut pas résoudre la difficulté actuelle, et il faut reconnaître que la déclaration d'excusabilité n'a plus aujourd'hui d'intérêt pratique; nous croyons savoir que les tribunaux de commerce continuent à la prononcer, mais elle ne peut avoir désormais qu'un intérêt moral, attester l'honorabilité du failli. Est-ce là un résultat désirable? Je n'en répondrais pas. Ce n'est pas assez pour un commerçant que de ne pas faire banqueroute; pour celui sur qui reposent les intérêts d'autrui, la prudence est plus qu'une vertu, c'est une nécessité; c'est pour le commerçant un devoir strict que ses créanciers sont en droit d'exiger de lui, et dont il est bon qu'une sanction pénale assure l'accomplissement. Quelque opinion qu'on ait sur la légitimité de la contrainte par corps, il doit toujours y avoir une différence entre le failli de bonne foi et le failli de mauvaise foi. En Angleterre où la contrainte par corps n'existe presque plus que de nom, cette distinction a été maintenue, et il n'est pas sans intérêt de rappeler sommairement les transformations successives de ce point de législation.

Le premier statut de banqueroute, qui date de Henri VIII, n'était qu'une loi pénale où le banqueroutier [2] était traité comme un criminel, et, comme tel, exproprié de tous ses biens, tout en restant exposé aux poursuites de ses créanciers. Mais un statut de la quatrième année de la reine Anne permit d'accorder un certificat de décharge ou de conformité au banqueroutier qui se serait rendu digne de faveur en se dessaisissant de tous ses biens, et en se conformant de tout point à la loi. Par ce certificat, il était libéré de ses engagements antérieurs et soustrait à la contrainte par corps. D'autre part, la procédure d'*insolvency* créée en 1813 par l'acte de lord Redesdale étendait sa protection sur tous les faillis, même non commerçants; elles les autorisait à présenter dès leur

[1] Demangeat, sur Bravard, *op. et loc. citt.* Cpr. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. I, p. 270, note 54; t. V, p. 45; Paris, 2 décembre 1848; Dev. Car., 49, 2, 32.

[2] Cette expression n'a pas dans la langue anglaise le sens que nous y attachons; les Anglais nomment banqueroutier celui que nous appelons simplement failli.

Digitized by Google

emprisonnement, qui était le début de cette procédure, une requête en libération, avec déclaration d'abandon de tous leurs biens à leurs créanciers, et cette libération leur était accordée aussitôt la procédure de cession terminée, s'il n'y avait faute grave, mauvaise conduite ou fraude, et dans tous les cas après trois ans. Plus tard, la contrainte par corps fut presque complétement supprimée, et avec elle la procédure d'*insolvency*, par les actes dits de protection. Les *protection acts* de Victoria disposent, en effet, que toute personne non commerçante ou toute personne commerçante ayant des dettes qui ne dépassent pas 300 livres sterling, peut, sans se soumettre à un emprisonnement préalable, comme dans l'*insolvency*, présenter une requête pour obtenir protection contre tout procès et emprisonnement pour dettes; cette protection sera accordée s'il est reconnu que les dettes ont été contractées sans fraude et à une époque où le failli pouvait raisonnablement espérer les payer. Les actes de protection qu'on obtenait ainsi sans emprisonnement préalable supprimèrent presque complétement l'*insolvency*, et, du même coup, la contrainte par corps. « Je regarde, disait lord Brougham dans « la commission d'enquête de 1849, la contrainte par corps « comme supprimée en réalité depuis les actes de 1844 et « 1845, car ils permettent à tous de demander au juge un « ordre de protection qui, suivi de la remise de tous les « biens et de la comparution pour être examiné, est converti « en ordre définitif. » Cependant jusqu'ici la différence entre le banqueroutier de bonne foi et le banqueroutier de mauvaise foi n'existe qu'au point de vue de la contrainte par corps, dont le premier est dispensé, tandis que le second y reste soumis. Il faut arriver à 1861 pour trouver la mauvaise foi frappée d'une peine proprement dite, d'une incarcération prononcée par le juge, au lieu d'être requise par les créanciers. L'acte de 1861 offre, à cet égard, un intérêt particulier; il supprime l'*insolvency*, étend à tous les débiteurs même non commerçants le bénéfice de la banqueroute et abroge la contrainte par corps. Le débiteur peut demander un certificat de charge; accordé, il produit les résultats de l'ancien certificat de conformité, et libère de toute poursuite les biens et la personne du failli; s'il est refusé, la cour pourra prononcer contre le banqueroutier un emprisonnement d'un an, qui n'est plus

Digitized by Google

la contrainte par corps, mais une peine proprement dite. Entre ces deux hypothèses, il n'y a plus de place pour la contrainte par corps, mais une sage distinction est faite entre la bonne et la mauvaise foi [1].

C'est sans doute un système semblable qu'il faudra mettre à l'étude chez nous, au risque de créer un nouveau délit. C'est le complément nécessaire de la loi du 22 juillet 1867 [2].

VII. Reste enfin la clôture pour insuffisance de l'actif. En droit, l'abolition de la contrainte par corps sera sans influence sur ce mode de solution de la faillite. Si, comme on l'avait proposé dans la discussion de la loi de 1838, le tribunal pouvait prononcer dans ce cas une déclaration d'excusabilité, ce que nous avons dit de l'union trouverait ici son application; mais cet amendement n'a pas été admis : « La position n'est « plus la même, a dit M. Quenault à la Chambre des dé- « putés, à l'égard d'un homme qui s'est joué de ses créan- « ciers en déclarant sa faillite au moment où il ne lui restait « plus rien à leur offrir; ce serait encourager la fraude que « d'affaiblir la disposition du projet [3]; » et il a été jugé que la déclaration d'excusabilité ne pouvait pas être prononcée en cas de clôture pour insuffisance de l'actif, et que les créanciers reprenaient le droit d'exercer les mêmes poursuites qu'avant le jugement déclaratif [4]. Mais, en fait, ce mode de clôture de la faillite paraît devoir se présenter moins fré-

[1] Cpr. pour plus de détails Bertrand, *Études sur la loi de banqueroute et les enquêtes législatives en Angleterre* (*Revue pratique*, 1866, t. XXI, p. 401 et s., t. XXII, p. 64 et s., 136 et s.).

[2] Il y a une autre disposition intéressante dans l'acte de 1861 : c'est celle qui soumet les non-commerçants au régime de la banqueroute. On a également proposé chez nous de créer pour eux un délit de banqueroute quand leur insolvabilité viendrait de leur imprudence ou de leur dol, et de remplacer par là la contrainte par corps en matière civile (Léveillé, *op. et loc. citt.*). Sans insister sur ce point qui sort de mon sujet, je ferai remarquer que, dans tous les cas, l'assimilation du non-commerçant au commerçant n'aurait trait qu'aux conséquences personnelles de l'insolvabilité et qu'on se garderait d'étendre à la déconfiture le régime de la faillite quant aux biens. Le système du dividende et de l'égalité se recommande en matière commerciale par des considérations tout à fait étrangères aux matières civiles, et tout le monde reconnaît que l'acte de 1861 a été beaucoup trop loin en l'appliquant à l'insolvabilité du non-commerçant.

[3] Renouard, *op. cit.*, t. II, p. 172.

[4] Toulouse, 11 janvier 1867; D., 67, 2, 8.

Digitized by Google

quemment. Jusqu'en 1838, la faillite n'était souvent qu'un moyen de se soustraire à la contrainte par corps : « Un nombre considérable de faillites s'arrêtaient pour insuffisance « de fonds ou par des connivences coupables, après les pre« mières opérations, et souvent même immédiatement après « la déclaration de faillite, pour ne se terminer jamais. De là « les plus criants abus, dont le moindre était de tenir en « suspens l'état du failli et la condition des créanciers. La « déclaration de faillite n'était plus qu'une exception de « contrainte par corps et un moyen de tromper des créan« ciers nouveaux [1]. » La loi de 1838 a mis fin à cet abus en créant la clôture pour insuffisance d'actif, qui fait rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli (art. 527). Mais encore maintenant on ne comprend guère l'intérêt que peut avoir à se mettre en faillite un débiteur dont l'actif est insignifiant, si ce n'est pour se soustraire, au moins pendant la durée des opérations, aux poursuites des créanciers sur sa personne. L'abolition de la contrainte par corps, en supprimant cet intérêt, rendra sans doute moins fréquentes les déclarations de faillite qui ne peuvent qu'aboutir à la clôture pour insuffisance de l'actif [2].

EUGÈNE GARSONNET.

[1] Renouard, *op. et loc. citt.*

[2] Notre travail était terminé quand les nouveaux membres du tribunal de commerce ont été installés, le 29 août dernier. Nous trouvons dans le discours du président sortant, M. Louvet, des indications intéressantes et qui confirment sur plusieurs points nos conclusions (*Droit* du 30 août 1868). Nous y voyons d'abord que le tribunal de commerce de la Seine continue à statuer sur l'excusabilité du failli et que, du 1er juillet 1867 au 1er juillet 1868 (c'est-à-dire depuis l'abolition de la contrainte par corps), la déclaration d'excusabilité a été accordée à 398 faillis et refusée à 161. M. Louvet constate ensuite, conformément à nos prévisions, que le nombre des demandes en déclaration de faillite augmente de la part des créanciers depuis qu'ils ne peuvent plus faire incarcérer le débiteur : « Si le nombre des « faillites n'a subi qu'une légère augmentation, il n'en a pas été de même « des demandes en déclaration de faillites dont nous avons été saisis. En « effet, les créanciers dont les poursuites aboutissent trop souvent à une « revendication faite par un tiers ou à un procès-verbal de carence, ne « pouvant plus recourir à la contrainte par corps qui a disparu de nos « Codes, ont dû plus que jamais chercher une sanction de leurs droits dans « la faillite de leurs débiteurs. » Enfin l'honorable président s'est préoccupé

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LA CADUCITÉ DU LEGS D'USUFRUIT

PAR RAPPORT AUX PERSONNES QUI DOIVENT EN PROFITER LORSQU'IL EXISTE UN LÉGATAIRE DE LA NUE PROPRIÉTÉ,

Par A. Vaugeois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

SOMMAIRE.

1. Questions que cette étude a pour but d'examiner.
2. Détermination exacte du terrain ouvert à la discussion.
3. Intérêt pratique qu'elle présente.
4. Division de ce travail.

§ I.

5, 6. *Première question.*— Le legs d'usufruit cadue doit-il profiter au légataire de la nue propriété ou à l'héritier? — La doctrine est en faveur du légataire de nue propriété; et la jurisprudence incline, mais sans précision suffisante, dans le même sens. — Influence des lois romaines en faveur de cette solution.

7. En droit français, notre opinion est en faveur de l'héritier. Formule générale de notre argumentation en ce sens.

8. A. Motifs de l'opinion adverse. Le plus en crédit aujourd'hui se tire de la règle « *Manere oportet quod fuerit defectum apud eos a quibus relictum est.* »— Arrêt de Paris du 21 avril 1815.— MM. *Aubry* et *Rau.*— M. *Demolombe.*

9. Réfutation. La règle « *Manere a quo relictum est* » ne conduit pas au résultat proposé par la doctrine qui l'invoque.

10. Cette vérité, toutefois, ne serait pas complétement établie si nous n'examinions une question très-voisine de la nôtre, même presque iden-

des réformes nécessaires pour rendre la faillite plus expéditive et plus équitable, en maintenant une distinction entre le failli de bonne foi et le failli de mauvaise foi. Son système qu'il ne fait qu'indiquer consisterait à laisser les choses dans l'état pour le failli de mauvaise foi et à permettre à celui qui est de bonne foi d'échapper à la faillite : « Il serait désirable que le com-
« merçant qui n'a rien à se reprocher pût recourir au tribunal avant de
« compromettre en entreprises désespérées le gage de ses créanciers, faire
« appel à leur équité, les constituer juges de son passé et de sa situation,
« et s'il est reconnu honnête, reprendre ses opérations, allégé d'engage-
« ments dont l'exécution serait atténuée ou remise à des temps meilleurs.
« Par contre il faudrait aussi que cet appel ne fût pas une vaine formalité
« et que le contrôle des créanciers pût s'effectuer de telle sorte que celui
« qui est indigne de toute bienveillance ne puisse échapper à la faillite de-
« venue la juste flétrissure de sa mauvaise foi. » E. G.

Digitized by Google

tique avec elle. C'est celle de savoir si le légataire en nue propriété de tous biens est un légataire universel, ou, plus généralement, si le légataire en *nue propriété* doit être considéré comme un légataire en *pleine propriété*. La doctrine et la jurisprudence sont en faveur de l'affirmative, du moins en ce qui concerne le légataire en nue propriété de tous biens, à propos duquel principalement la question paraît avoir été soulevée.

11, 12. Leur argument est que l'usufruit ne forme pas ici un bien distinct de la nue propriété.— Il aurait, s'il était juste, une influence décisive sur la solution de la question posée au n° 5. — Cette influence consisterait à ramener, comme raison péremptoire, en faveur du légataire de nue propriété, la règle « *Manere a quo relictum est,* » que nous avions écartée au n° 9. — Comment cela ?

13, 14. Développement.

15, 16. Mais cet argument doit être rejeté. L'usufruit, jusqu'à son extinction, forme, en toute circonstance, un bien distinct et indépendant de la nue propriété. — Discussion à l'appui.

17. En conséquence, le légataire en *nue propriété de tous biens* n'est pas plus un légataire *universel*, que le légataire *en usufruit de tous biens*.— Que sont-ils? — Discussion. — Les légataires de la *totalité* ou d'une *quote-part* des biens, soit *en usufruit* seulement, soit en *nue propriété* seulement, sont des légataires *à titre universel*, SUI GENERIS. — En tous cas le légataire en nue propriété, même d'un objet particulier, ne peut jamais être considéré comme légataire en pleine propriété.

18. Résultat de cette solution en ce qui concerne la question d'attribution de l'usufruit qui fait l'objet de ce travail. — C'est que l'attribution du profit du legs d'usufruit caduc au légataire de nue propriété, ne saurait, du moins, avoir pour base la règle « *Manere a quo relictum est.* »

19. Si, pour d'autres raisons déjà, la théorie spéciale de l'*accroissement* n'était inapplicable ici, les motifs qui nous ont fait rejeter la règle « *Manere a quo relictum est,* » nous feraient également rejeter le droit d'*accroissement*. — Critique d'un arrêt de la chambre des requêtes du 3 juin 1861.

20. B. On a invoqué, en second lieu, en faveur du légataire de nue propriété, la *consolidation* (*lato sensu*). — Exposition.— *Ricard, Proudhon.*

21. Il n'y a point à parler ici de *consolidation proprement dite*, c'est-à-dire par *extinction* de l'usufruit. La consolidation dont on argumente serait une consolidation *sui generis*, par suite du *défaut* d'usufruitier, lequel empêcherait l'usufruit *de se constituer*.

22. Mais il est faux que l'usufruit manque à naître par suite de la caducité du legs d'usufruit. — Développement.

23. Objection tirée de la personnalité de l'usufruit.

24. Réponse à l'objection.

25. Conclusion contre l'idée de *consolidation*, dans notre hypothèse.

26. Cette idée n'a été, du reste, mise en avant, dans la thèse adverse, que par suite d'une inattention qui peut être reprochée particulièrement à Ricard.

27. C. La doctrine favorable au légataire de nue propriété argumente enfin

Digitized by Google

de l'intention présumée du testateur. — Exposition; — *Proudhon;* — *Ricard.*

28. Avant de répondre, il est utile de rappeler les termes précis de la question que nous débattons.

29. L'argumentation du système adverse est inadmissible, parce qu'elle créerait une présomption légale qui n'existe pas dans la loi.

30. Et, rationnellement, cette présomption légale y eût été déplacée.

31. L'exacte vérité est dans la règle « *Manere a quo relictum est;* » mais cette règle est précisément ici en faveur de l'héritier.

32. L'argumentation de Ricard, dans le sens contraire, est tout à fait insuffisante.

33. D. Étude spéciale de l'influence des textes romains sur la question ici traitée. — Dans quel esprit cette étude est possible. — Énumération des textes qui se rapportent à notre débat.

34. La loi 12, Code, *De usufructu,* et la loi 35, Dig., *De usu et usufructu,* n'y ont pas trait.

35. Loi 33, Dig., *De usufructu,* pr. — Loi 6, § 1er, Dig., *De usufructu accrescendo.* — Ces textes ne donnent aucun motif de leur décision. Ils paraissent pourtant se rattacher à l'idée d'un *accroissement* du legs d'usufruit au legs de nue propriété.

36. Les §§ 78, 79 et 82 des *Fragmenta Vaticana* paraissent favorables à l'idée d'un *accroissement.* Ces textes et surtout le § 86 semblent même qualifier d'accroissement l'extinction proprement dite de l'usufruit. — La doctrine de l'accroissement en pareilles hypothèses est réfutée par nos observations précédentes.

37. En fait de textes motivés, on trouve encore les lois 3, § 1er, Dig., *Usufructuarius quemadmod. caveat;* et 4, Dig., *Si usufructus petatur.* — Étude de la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuarius quemadmod. caveat.* — Réfutation de l'argument qu'elle semble fournir à l'appui de la prétendue *consolidation* déjà repoussée aux nos 20 à 27.

38, 39. Étude de la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur.* — Réponse à cette loi.

40. Il faut se garder, d'ailleurs, de trop s'attacher aux doctrines romaines en matière de *dévolution* de l'usufruit légué. — Par exemple, dans un débat différent du nôtre, mais sur cette matière toujours, quand il s'agit de savoir s'il y a accroissement entre colégataires d'usufruit *ayant recueilli,* et dont l'un vient à perdre l'usufruit, les textes romains sont écartés, et avec raison, par les auteurs même qui sont nos adversaires dans la présente controverse.

41. Nous maintenons, en somme, notre solution contre le légataire de nue propriété et en faveur de l'héritier ou des personnes qui le représentent, c'est-à-dire qui auraient eu droit à l'usufruit si le legs de nue propriété avait été fait seul.

§ II.

42. *Seconde question.* — Quelle sera la durée de l'usufruit, ainsi attribué à l'héritier ou à ceux qui le représentent dans les termes ci-dessus? L'opinion générale tendrait à fixer cette durée à la vie du légataire d'u-

Digitized by Google

sufruit que le testateur avait institué. — Nous croyons, au contraire, que l'usufruit devra durer ce qu'il aurait duré s'il n'y avait pas eu de légataire institué pour l'usufruit.
43. Raison de cette solution.
44, 45, 46, 47, 48. Discussion.
49. Nous appliquerions notre décision même au cas où le testateur, sans prévoir la caducité, aurait assigné un terme certain à l'usufruit légué.
50. Résumé et conclusion.

1. Lorsqu'un legs de nue propriété a été fait au profit de Primus et un legs d'usufruit de la même chose au profit de Secundus, si le legs d'usufruit devient caduc, soit, par exemple, parce que le légataire renonce, soit parce qu'il est décédé avant le testateur, à qui l'usufruit légué doit-il être attribué? Est-ce au légataire de la nue propriété, Primus? ou bien à l'héritier? Et quand nous parlons de l'héritier, il est entendu que nous lui assimilons le légataire universel ou à titre universel, suivant le cas, en un mot, toute personne qui aurait eu droit à l'usufruit si le legs de nue propriété seul avait été fait.

En second lieu, si c'est à l'héritier que doit appartenir l'usufruit, quelle en sera la durée? Celle de la vie de l'héritier ou bien celle de la vie du légataire d'usufruit que le testateur avait institué, si la caducité ne provient pas du prédécès de ce légataire?

Nous nous proposons d'examiner ces deux questions, dont la seconde, comme on voit, a un rapport étroit avec la première, et qui, toutes deux, nous paraissent d'ailleurs fort délicates.

2. Il importe tout d'abord de circonscrire nettement le terrain de notre étude, et de préciser l'hypothèse dans laquelle, seule, peuvent se présenter les deux difficultés qui nous occupent. Car il ne suffira certainement pas, pour qu'elles puissent être soulevées, de cette seule circonstance que le legs d'usufruit soit devenu caduc. Il est de principe, en effet, qu'en matière d'interprétation de testament, c'est la volonté du disposant qu'il faut, avant tout, prendre pour guide. Or il pourra fort bien se faire que la volonté du testateur, en ce qui concerne l'attribution de l'usufruit, en cas de caducité du legs, se révèle par l'ensemble du testament, ou même, ce qui serait surtout à désirer, par une clause explicite. Pas de dif-

Digitized by Google

ficulté dans ces hypothèses, et toutes les fois, en un mot, que d'indices régulièrement admissibles (nous n'avons pas besoin de discuter ici le point de savoir s'ils doivent ressortir du testament lui-même), mais pris en dehors de cette seule circonstance qu'il existe un légataire de la nue propriété, il résultera que la volonté du testateur aura été d'attribuer l'usufruit, objet du legs caduc, à ce nu-propriétaire ou à l'héritier. Et tout le premier, en fait, nous nous montrerions la plupart du temps favorable au nu-propriétaire. Mais qu'il soit bien entendu qu'en nous posant les deux questions que nous avons formulées ci-dessus, nous écartons entièrement les cas que nous venons de caractériser. Nous ne voulons nous occuper que du cas, très-possible aussi, où rien n'établit quelle a été la volonté du testateur, rien, disons-nous, sauf ce fait qu'il a légué, c'est-à-dire distrait de sa succession *ab intestat*, d'une part, la *nue propriété*, et, d'autre part, l'*usufruit d'une même chose*. Une telle disposition, à raison de la nature même de son objet, doit-elle ou non être *nécessairement* regardée comme manifestant la volonté du testateur dans le sens d'une réunion à la nue propriété de l'usufruit vacant par suite de la caducité du legs, c'est précisément notre question; ou plutôt c'est un des éléments de la controverse que nous soulevons d'une manière plus générale sur le point de savoir si, en droit, à raison de la volonté *présumée* du testateur *ou de toute autre cause*, l'usufruit objet du legs caduc doit aller à la nue propriété. Là est vraiment la difficulté que nous voulons aborder.

3. Et maintenant, s'il est vrai que nos deux questions ne sauraient se présenter qu'autant que la volonté du testateur n'apparaît pas régulièrement par d'autres indices que le fait d'avoir légué la nue propriété, d'une part, et l'usufruit, de l'autre, ce n'est pas à dire pourtant que leur importance pratique en soit beaucoup amoindrie. Il est facile de l'établir, à deux points de vue entre autres. D'un côté, on sait combien il s'élève d'incertitudes quand il s'agit d'interpréter la pensée d'un testateur insuffisamment manifestée. Le doute insoluble peut se rencontrer souvent, et il suffit pour que, dans le conflit des prétentions du légataire de nue propriété, d'une part, et de l'héritier, d'autre part, les juges doivent, abandonnant le terrain du fait, se placer, comme nous allons le faire ici,

Digitized by Google

sur le terrain du droit pur, devant les deux problèmes que nous avons indiqués.

D'un autre côté (et sans qu'il soit besoin de supposer un procès engagé), suivant que, en pur droit, on attribue l'usufruit vacant par suite de la caducité du legs au légataire de la nue propriété ou à l'héritier, l'intérêt (très-grave, au reste, dans tous les cas) qui s'attache à ce que la volonté, conforme ou contraire, du testateur ait été précisée, diminue ou augmente d'autant pour l'un et pour l'autre : diminue pour l'héritier si c'est en sa faveur qu'on décide, et augmente pour le légataire de nue propriété, dont la volonté du testateur est alors la seule ressource; diminue, au contraire, pour le légataire de nue propriété si c'est à ce dernier que la loi est favorable, et augmente alors pour l'héritier qui n'a plus d'espoir que dans la décision du testateur. La portée pratique du débat que nous entamons se révèle donc encore sous cet aspect, et peut s'y traduire de différentes manières; nous en indiquerons une particulièrement.

Imaginez que le légataire d'usufruit soit disposé à renoncer à son legs dans la prévision que la caducité profitera au légataire de nue propriété. Peut-on lui conseiller cette renonciation? Tout dépend de la solution à donner à la question de droit qui nous occupe. Si, en effet, il est exact, en droit, que c'est au légataire de nue propriété que profitera le legs d'usufruit caduc, il importe fort peu à ce légataire de nue propriété que le testateur n'ait, en aucune façon, d'ailleurs (nous le supposons) manifesté sa volonté; et la renonciation du légataire d'usufruit, eu égard au but que celui-ci se propose, n'aura pas d'inconvénient. Si, au contraire, le droit pur veut que le legs d'usufruit caduc profite à l'héritier, il importe beaucoup alors au légataire de nue propriété que la volonté du testateur ait modifié ce droit; et comme nous supposons que le testateur n'a rien dit, la renonciation du légataire d'usufruit, dans ce cas, n'aboutirait qu'à donner à l'héritier l'usufruit, et non pas à en enrichir le légataire de nue propriété suivant l'intention du renonçant. Mieux vaudrait, en pareil cas, pour le légataire d'usufruit qui veut avantager le légataire de nue propriété, accepter son legs d'abord, et renoncer ensuite à l'usufruit une fois établi.

4. Nos questions ainsi précisées, et quant à leurs éléments,

Digitized by Google

et quant à leur intérêt, venons à l'examen séparé de la première, qui est de beaucoup la principale; puis de la seconde, qui suppose la première résolue en faveur de l'héritier.

§ I.

5. Nous nous demandons d'abord si le legs d'usufruit caduc doit profiter au légataire de la nue propriété ou à l'héritier. Parmi les auteurs qui ont traité la question, il n'en est pas un, à notre connaissance, qui ne la résolve en faveur du légataire de nue propriété, si ce n'est le jurisconsulte Valla[1], cité par Ricard. (Comp. Ricard, *Donations*, 3e partie, ch. IV, sect. v, nos 525 et suiv. — Grenier, n° 354. — Favard, *Rép.*, v° *Testament*, sect. III, § 3, n° 6. — Delvincourt, t. II, note 8, sur la p. 93 (p. 340 du vol.). — Toullier, n° 700. — Proudhon, *Usufruit*, n° 520. — Gilbert, *Codes annotés*, sur 1045, n° 26. — Dalloz, *Dict. gén.*, v° *Révocation de testam.*, n° 342, et *Rép. alph.*, dern. édit., v° *Dispositions entre-vifs et testam.*, n° 4438. — Aubry et Rau, t. VI, 3e édit., p. 200 et 201. — Demolombe, *Donations*, t. V, n° 356.) Quant à la jurisprudence, un arrêt de la Cour de Paris du 21 avril 1815 (Sirey, 1816, 2, 288) se prononce dans le même sens, mais seulement d'une manière implicite. On peut encore relever, ou plutôt on pourrait être tenté de relever, en faveur de la même solution, un arrêt de la Cour de cassation, ch. des Requêtes, du 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, I, 327); mais, d'abord, cet arrêt ne juge pas non plus précisément notre question; c'est par induction seulement qu'on pourrait l'invoquer; et d'ailleurs, il encourt des critiques assez sérieuses pour qu'on doive, à notre avis, lui refuser tout crédit, ainsi que nous l'expliquerons bientôt. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 1835 (Devill., 1835, I, 641), nous voyons encore un légataire de la nue propriété profiter de la caducité du legs d'usufruit; mais c'est en tant que légataire universel, ce qui se rencontrait dans l'espèce, et non pas en

[1] Nic. du Val, jurisconsulte du XVIe siècle; il a composé : *De rebus dubiis et quæstionibus in jure controversis tractatus XX*. Paris, 1583, in-8°. — Francfort, 1596, in-8°. — Arnheim, 1638, in-4° (5e édit.). — Francfort, 1664, in-4°. — Il était conseiller au Parlement. (V. Dupin, *Documents sur la profession d'avocat*, 5e édit., au catalogue de sa bibliothèque de droit, n° 1673.)

Digitized by Google

tant que légataire de la nue propriété, que l'arrêt semble lui faire cette dévolution, en sorte que ce document ne juge véritablement pas notre hypothèse. La Cour de cassation, enfin, dans les considérants d'un arrêt du 7 août 1827 (V. Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs*, n° 3596), se prononce avec plus de netteté pour la théorie que nous venons d'énoncer, mais elle le fait incidemment et sans donner de motifs.

La solution que nous venons de rapporter est donc surtout l'œuvre de la doctrine, et, il faut le reconnaître, d'une doctrine imposante, et par le nombre, et par l'autorité des suffrages. Aussi peut-elle, au premier abord du moins, paraître désormais hors de doute; et nous ne croyons pas entreprendre une tâche facile en nous proposant de la combattre. Cependant, pour peu qu'on y veuille bien réfléchir, on apercevra que notre question n'a peut-être dû la solution si accréditée qu'elle a reçue qu'à son apparente et trompeuse simplicité. Il est à remarquer que, si ce n'est par Ricard, elle n'a point été, à proprement parler, discutée. Quant aux interprètes du Code Napoléon, ils se bornent à rapporter la décision ci-dessus en la justifiant soit par l'un, soit par l'autre des divers motifs que nous ont légués notre ancienne jurisprudence, et surtout le droit romain. Et c'est, nous en sommes persuadé, la haute autorité de cette dernière source qui, dans l'examen de notre difficulté, a trop pesé sur l'opinion des jurisconsultes modernes. A notre estime, les motifs donnés par les lois romaines, à l'appui de la solution précitée, ne sont pas admissibles dans notre droit actuel.

6. Nous aurons donc à compter avec la législation romaine dans la discussion que nous allons ouvrir. Toutefois, nous pensons que notre argumentation gagnera plus de clarté à distinguer méthodiquement les sources romaines des sources françaises. C'est pourquoi nous étudierons, en premier lieu, par rapport uniquement avec les principes de notre loi actuelle, la valeur des motifs invoqués par l'opinion adverse; puis nous insisterons plus particulièrement sur la doctrine déposée dans les textes romains.

7. Cela dit, pour attribuer l'usufruit, objet du legs caduc, à l'héritier, et non pas au légataire de nue propriété, nous raisonnons ainsi : Le legs d'usufruit caduc est comme s'il n'existait pas; il en résulte que la nue propriété seule a été léguée;

Digitized by Google

donc l'usufruit reste, comme tout ce qui n'a pas été légué, aux héritiers du défunt ou à ceux qui en tiennent lieu, comme le légataire universel; en un mot, à ceux qui auraient eu l'usufruit, s'il n'avait été fait d'autre legs que le legs de nue propriété.

Quels sont, au contraire, les arguments de la doctrine qui fait profiter, en pur droit, le légataire de la nue propriété du legs d'usufruit devenu caduc ?

8. A. La raison qu'on paraît mettre aujourd'hui en première ligne est la suivante; à savoir que la caducité d'un legs profite à celui qui était chargé de l'acquitter, ou au préjudice de qui le legs aurait reçu son exécution. Ce principe était reconnu en droit romain : « *Manere oportet quod fuerit defectum apud eos a quibus relictum est,* » dit la loi unique, au Code, *De caducis tollendis*, VI, 51 (voy. §§ 3, 4, 7, 8). Recueilli par notre ancienne jurisprudence (Pothier, *Des donations testam.*, n° 333), il est, de nos jours encore, incontestablement admis par la loi française, où il a produit la théorie de l'accroissement, comme en droit romain (art. 1044, 1045 C. Nap.), après avoir inspiré déjà évidemment les rédacteurs de l'article 1003, lorsqu'ils ont appelé legs universel celui par lequel le testateur donne à une ou *plusieurs* personnes (entre lesquelles évidemment *concursu partes fiunt*) l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. (Comp. aussi art. 1010.) Et l'application de cette règle aux rapports du légataire de nue propriété vis-à-vis du légataire d'usufruit a été sans doute dans la pensée de l'arrêt de la Cour de Paris du 21 avril 1815 que nous avons mentionné plus haut, et qui juge que la prescription de l'action *en délivrance* peut être opposée au légataire de l'usufruit par le légataire de nue propriété. Mais l'arrêt ne traite pas positivement, comme on voit, la question de caducité que nous avons soulevée. Aussi (et nous l'avons déjà remarqué) cet arrêt ne fait-il qu'impliquer, pour notre question, la solution favorable au légataire de nue propriété, en posant en principe que c'est à celui-ci à délivrer le legs d'usufruit. Nous verrons tout à l'heure ce qui en est.

Beaucoup plus précis sur le point que nous débattons, MM. Aubry et Rau s'expriment en ces termes : « La caducité « d'un legs résultant d'une cause quelconque autre que la « perte de la chose léguée, profite, en général, à celui ou à

Digitized by Google

« ceux qui auraient été tenus du payement du legs ou au pré-
« judice desquels il aurait reçu son exécution. Ainsi, par
« exemple, le légataire universel profite, à l'exclusion des
« héritiers *ab intestat*, fussent-ils même réservataires, de la
« caducité des legs particuliers ou des legs à titre universel
« *qu'il eût été tenu d'acquitter*. Ainsi encore, les légataires à
« titre universel ou particulier profitent, à l'exclusion des
« héritiers *ab intestat* ou des légataires universels, de la cadu-
« cité des legs *dont l'acquittement était à leur charge*. PAR LA
« MÊME RAISON, *le légataire de la nue propriété profite de la cadu-*
« *cité du legs en usufruit des objets compris dans la disposition*
« *faite en sa faveur*. » (*Loc. cit.*)

Et c'est aussi le même motif de décider que M. Demolombe a, depuis, invoqué pour accorder l'imposant appui de son adhésion à la doctrine que nous examinons (*loc. cit.*).

9. Malgré des suffrages d'un si grand poids, il ne nous est pas possible de nous rendre à cette considération. Assurément il n'est pas contestable que la caducité du legs, lorsqu'elle dérive d'une autre cause que la perte de la chose léguée, doit profiter à celui qui était chargé d'acquitter le legs, ou, plus généralement, au préjudice de qui le legs était fait. La règle « *manere-a quo relictum est*, » en d'autres termes, nous l'admettons, nous la proclamons tout le premier. Mais cette proposition, fort exacte en elle-même, ne suffit pas pour conduire à la solution qu'on en veut ici faire découler. Si nous accordons la majeure du syllogisme, savoir : tout legs caduc profite à celui qui devait l'acquitter ou qui devait en souffrir; nous rejetons la mineure qui consisterait à dire que le légataire de nue propriété se trouve précisément dans l'un des cas dont nous venons de parler, c'est-à-dire ou obligé d'acquitter le legs d'usufruit, ou souffrant un préjudice par suite de l'existence de ce legs.

Remarquons-le, en effet : 1° les légataires de la nue propriété ne sont pas *de plano* chargés d'acquitter les legs d'usufruit; il est clair que si, dans le fait, le légataire de nue propriété avait reçu du testateur cette mission, nous accepterions, au cas de caducité du legs d'usufruit, et à moins que l'intention du testateur ne se révélât en sens contraire, la solution des savants jurisconsultes que nous avons cités. Mais tel n'est point le droit commun; et c'est au point de vue du droit

Digitized by Google

commun que nous ne cessons de nous placer dans tout le cours de ce travail. En pur droit, ce n'est point le légataire de nue propriété qui est nécessairement chargé d'acquitter le legs d'usufruit; c'est l'héritier ou le légataire universel, ou à titre universel, suivant le cas; il n'y a pas de raison, en effet, en l'absence de tout texte, pour que le legs d'usufruit soit traité autrement que les autres legs.

2° Est-il plus vrai de dire que le legs d'usufruit causait un préjudice au légataire de la nue propriété, et que dès lors, et du moins de ce second chef, la caducité du legs d'usufruit doit profiter au légataire de nue propriété? Nullement. En effet, pour qu'il y eût préjudice, que faudrait-il? Que le légataire de nue propriété, si le legs d'usufruit n'avait pas été caduc, eût perdu, *par suite de la coexistence* de ce legs, quelque chose de ce qui lui a été légué à lui-même. Or, cela n'est pas, puisqu'on ne lui a légué que la nue propriété. Suivant M. Machelard, qui, dans plusieurs passages de sa remarquable étude sur le droit d'*accroissement* (notamment p. 282 et suiv. et p. 313 et suiv.), précise avec beaucoup de netteté la portée de la règle « *manere a quo relictum est,* » cette règle signifie qu'il y a « dégagement de la possibilité d'un concours » (p. 285), et qu'il faut appeler à prendre la part vacante ceux dont les droits « auraient subi une réduction » dans le cas où l'institution eût produit ses effets (p. 286). Or, nous le demandons, si le légataire d'usufruit eût recueilli son legs, en quoi le légataire de nue propriété aurait-il subi une réduction sur le sien? En quoi y avait-il possibilité d'un concours entre eux? En rien. Donc, la règle « *manere a quo relictum est* » n'est en aucune façon favorable au légataire de nue propriété. Nous ne prétendons pas qu'elle est ici sans application, mais c'est précisément en faveur de l'héritier qu'elle conduit à prononcer.

10. Nous venons de dire que la règle « *manere a quo relictum est* » ne s'applique pas ici en faveur du légataire en nue propriété, parce qu'il n'aurait rien perdu à concourir avec le légataire en usufruit. Nous n'aurions pas, toutefois, suffisamment établi cette vérité, si nous omettions d'examiner une question qui se rattache à la nôtre par un lien si intime qu'elle se confond en quelque sorte avec elle. Soit qu'on le considère comme légataire *à titre universel*, soit qu'on en fasse un légataire *particulier* (et nous dirons bientôt nous-même notre sen-

Digitized by Google

timent sur ce débat), du moins tout le monde s'accorde à reconnaître que le légataire en usufruit *de tous biens* n'est pas un légataire *universel*, et, de même, que le légataire en usufruit d'une quote-part des biens ou d'un objet particulier ne doit pas être assimilé au légataire en pleine propriété des mêmes biens. Mais il en est tout autrement si, au lieu d'un légataire *en usufruit*, il s'agit d'un légataire *en nue propriété;* et tel est précisément le point sur lequel nous nous trouvons amené dès à présent à nous expliquer. Le légataire en nue propriété de la totalité des biens est-il un légataire universel? Ou encore le légataire en nue propriété d'une quote-part des biens doit-il être considéré, lui aussi, comme légataire à titre universel, en pleine propriété, des mêmes biens? Ou enfin, le légataire en nue propriété d'un objet particulier doit-il être considéré comme s'il était légataire de la pleine propriété du même objet?

La difficulté a été principalement étudiée pour le cas du légataire en nue propriété *de tous biens.* La doctrine voit généralement dans ce légataire un véritable légataire universel (V. Proudhon, *Usufruit*, t. I, n° 475 et suiv. — Duranton, t. IX, n°s 181, 182. — Coin-Delisle, art. 1003, n°s 16, 17. — Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. II, n° 288, note *b*. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 244 *bis*, V. — Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1134. — Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Dispositions entre-vifs*, n° 3596. — Aubry et Rau, t. IV, p. 145. — Demolombe, *Distinct. des biens*, t. II, n° 258, et *Donations*, t. IV, n° 538. — Mourlon, *Rép. écr.*, t. II, n° 821, qui toutefois se borne à présenter cette solution comme la plus générale [1]).

La Cour de cassation s'est également prononcée en ce sens par arrêt du 7 août 1827 (Dalloz, *loc. cit.*, et *Recueil périod.*, 1827, I, 461). Le même système se reproduisit devant elle en

[1] Dans une de ses précédentes éditions (la 4e, p. 359, en note), le savant et si regrettable jurisconsulte émettait même à l'encontre de cette décision le doute le plus sérieux. N'est-ce pas, disait-il (avec raison), décider la question par la question? Et il proposait, quant à lui, de la résoudre suivant les circonstances. On se convaincra par les motifs que nous développerons dans un instant, que cette dernière opinion ne pouvait être admise. La question, par sa nature même, ne saurait jamais être qu'une question de pur droit. Il ne peut dépendre des circonstances de changer la nature de la nue propriété et de faire qu'elle comprenne l'usufruit *ex nunc*, équivalant ainsi à la pleine propriété.

Digitized by Google

1851 dans une espèce assez curieuse en fait, et qui est de nature à mettre particulièrement en relief la difficulté de droit. Un testateur avait institué conjointement et avec droit d'accroissement quatre légataires *universels* suivant le mode ci-après, savoir : le quart de nue propriété attribué à chacun d'eux devait être affecté à l'usufruit d'un autre, et réciproquement; en sorte que chacun d'eux était, par suite du concours avec ses colégataires, non pas légataire d'un quart en pleine propriété, mais bien d'un quart en nue propriété, et d'un autre quart (en biens différents) en usufruit, disposition fort bizarre, comme on voit. Deux interprétations du testament se trouvèrent en présence. Les légataires prétendirent que le testament se composait : 1° d'un legs, au profit de tous conjointement, de la nue propriété seulement, lequel n'en devait pas moins être considéré comme legs *universel;* 2° et de plus, au profit de chacun d'eux, d'un legs d'usufruit distinct du legs universel; en sorte que chacun devait pouvoir renoncer à son legs d'usufruit, tout en acceptant le legs universel. Et c'est ce qu'on voulait pour éviter les droits de mutation que la Régie prétendait percevoir, à raison de la transmission de l'usufruit du *de cujus* à chaque légataire. Ces droits, en effet, sont exigés par l'article 15 de la loi du 22 frimaire an VII pour la transmission de l'usufruit au légataire en usufruit, encore bien que le légataire de nue propriété paye comme pour la pleine propriété; et quant à cette dernière perception, ceux qui, dans l'espèce, se prétendaient légataires universels en vertu de leur prétendue qualité de légataires en nue propriété ne s'y étaient pas refusés. On voit que cette interprétation du testament supposait parfaitement fondée la théorie qui voit un légataire *universel* dans le légataire en nue propriété seulement de tous les biens. Mais cette théorie ne fut malheureusement pas discutée, (du moins rien ne le révèle dans les arrêts intervenus), et ce fut par un motif qui lui est tout à fait indifférent que le système des légataires dans l'espèce fut condamné. L'administration de l'enregistrement, en effet, opposa que le mode de jouissance fixé par le testateur n'avait pu diviser la disposition en deux legs; qu'il n'y avait qu'un seul legs universel en pleine propriété, sauf la répartition à faire dans les termes voulus par le disposant, laquelle ne modifiait nullement le caractère du legs; et cette interprétation fut admise par la Cour de cassation

Digitized by Google

dans deux arrêts de la chambre civile, du même jour, 18 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 305, 308, 309), que nous approuvons en ce point, réservant la question (dont l'examen est inutile ici) de savoir s'il y avait lieu dès lors, c'est-à-dire du moment qu'il n'y avait qu'un seul legs, à la perception du droit de mutation pour l'usufruit, indépendamment du droit acquitté sur la pleine propriété, ce que l'arrêt décidait affirmativement.

Toutefois, remarquons-le (et c'est la raison principale qui nous a amené à rappeler avec quelque détail cette singulière espèce), encore bien que la cour ne se soit pas expliquée *ex professo* sur le cas où il y aurait eu legs de tous les biens en nue propriété seulement, elle n'a pas refusé à un pareil legs la qualité de legs *universel*. Elle a dit que le mode de jouissance indiqué ici par le testateur « *ne divisait pas la disposition en deux legs, l'un universel, qui eût porté sur la nue propriété seulement;* » mais elle n'a pas dit que ce dernier legs fût impossible, en droit; et pourtant cette proposition eût été la réponse la plus péremptoire aux prétentions que les arrêts écartaient. En d'autres termes, la cour n'a pas, en 1851, confirmé positivement, mais elle n'a pas non plus démenti sa jurisprudence de 1827.

11. Cela posé, si cette jurisprudence, unanimement appuyée par la doctrine, comme on l'a vu, est exacte, elle doit exercer sur la question d'attribution de l'usufruit qui fait l'objet principal de ce travail une importante influence. C'est ce dont nous allons nous convaincre, en étudiant la raison sur laquelle on s'appuie pour prétendre qu'un légataire de tous biens, en nue propriété seulement, est un légataire universel. Cette raison, M. Demolombe la formule dans les termes suivants, avec l'incomparable clarté qui lui est habituelle, mais qui provoque un dissentiment d'autant plus net, quand, exceptionnellement, l'illustre auteur n'impose pas sa conviction : « Ce légataire n'a pas seulement la chance éventuelle « de recueillir en pleine propriété tous les biens que le tes- « tateur laissera à son décès; il en a la certitude, puisque « l'effet nécessaire de l'inévitable extinction de l'usufruit sera « la réunion de la jouissance à son droit de nue propriété « (art. 617), ou, plus exactement encore, nous devons dire « qu'il recueille l'universalité tout entière dès l'instant même « du décès du testateur; car l'usufruit n'est qu'une simple

Digitized by Google

« charge qui ne démembre pas, qui ne fractionne pas cette « universalité. » (*Donations*, t. IV, n° 538. — Comp. aussi M. Mourlon, *Rép. écr.*, t. II, n° 821.)

12. L'usufruit, au moins au point de vue dont il s'agit ici, ne démembre pas la propriété; voilà l'argument invoqué. Or il va bien loin, s'il est vrai. Il en résultera, en effet, qu'il n'y aucune différence entre le legs de pleine propriété et le legs de nue propriété. Que peut-on dire de plus énergique pour caractériser le résultat du legs en *pleine propriété* de tous biens, que ce que dit M. Demolombe du légataire de tous biens en nue propriété seulement : « Il *recueille l'universalité tout en-* « *tière* dès l'instant même du décès du testateur! » Ainsi donc le legs de tous biens en nue propriété fait à Primus, comprend virtuellement la jouissance de ces mêmes biens; mais alors, et comme, d'un autre côté, l'usufruit tout entier a été légué à *Secundus*, la jouissance se trouvera avoir été comprise tout entière dans deux legs faits à des personnes différentes, et tout entière dans chacun d'eux; et par suite, la caducité du legs d'usufruit devra profiter au légataire de nue propriété, sinon en vertu de la théorie spéciale de l'accroissement et par l'effet d'une conjonction *re tantùm* (art. 1045, C. Nap.), ce que notre hypothèse ne comporte pas, comme on va voir, du moins en vertu de la règle « *manere a quo relictum est*, » à laquelle, pourtant, nous refusions, il y a un instant, tout effet en faveur de ce légataire. Expliquons ceci :

13. Chacun sait, et nous l'avons déjà remarqué nous-même, que la théorie de l'accroissement, déposée dans les articles 1044 et 1045 Code Napoléon, n'est pas autre chose que l'application et par conséquent l'expression, dans notre droit, de la règle « *manere a quo relictum est.* » Mais on sait aussi que l'article 1045, qui se réfère, ainsi que tout le monde le reconnaît aujourd'hui, à la conjonction *re tantùm* [1], s'est

[1] Proudhon a essayé de nier cette proposition et d'appliquer l'art. 1045 à la conjonction *verbis tantum* (*Usufruit*, t. II, n°s 554 et s.). Mais sa doctrine n'a pas été admise. On sait qu'elle est obligée de dénaturer d'une manière inadmissible le sens des termes de l'article 1045. Il faudrait interpréter les mots : « par le même acte » dans le sens de « par la même phrase ; » et le mot « séparément, » dans le sens de « avec assignation de parts, » tandis que ce mot signifie évidemment : « par des phrases distinctes, » comme le mot « conjointement » de l'article 1044 signifie, d'après l'explication même du texte : « par la même phrase. » D'un autre côté, si l'ar-

Digitized by Google

attaché, fort mal à propos, pour accorder ou refuser l'accroissement, à la divisibilité ou à la non-divisibilité sans détérioration, de la chose léguée à deux légataires différents. C'est en vain, suivant nous, que l'on a prétendu justifier, à cet égard, les rédacteurs du Code. M. Colmet de Santerre, qui s'est fait leur habile défenseur (t. IV, nos 199 *bis*, II et III), ne les a pas fait absoudre, et M. Demolombe, surtout, nous paraît avoir péremptoirement écarté toute possibilité d'adhésion, en droit rationnel, au système du législateur de 1804 (*Donations*, t. V, no 376). En conséquence, il est parfaitement légitime, et même matériellement nécessaire, en présence du texte, de restreindre l'application des articles 1044 et 1045 aux hypothèses que la loi avait spécialement en vue en les édictant, et de laisser tous les autres cas dans lesquels un legs aurait perdu quelque chose à concourir avec un autre legs qui se trouve caduc, sous l'empire de la règle générale « *manere a quo relictum est* » qui est le fond de la pensée législative. Examinons maintenant les résultats de cette donnée.

1° Nous sommes de ceux qui refusent ainsi toute application aux articles 1044 et 1045 lorsque l'objet des deux legs est une seule et même universalité; par le motif, entre autres, que les universalités sont *toujours divisibles*, ce qui les place manifestement en dehors du texte de l'article 1045 (V. Mourlon, t. II, no 897; Comp. Demolombe, *Donations*, t. V, no 383; V. aussi les auteurs cités). Nous les ramenons en conséquence à la règle « *manere a quo relictum est*, » ou, si l'on veut, à la disposition des articles 1003 et 1010, qui en a été l'expression.

ticle 1045 interprétant la pensée du testateur dans le sens le plus défavorable à une conjonction, refuse l'accroissement lorsque la chose léguée est facilement *divisible*, à plus forte raison ne saurait-il l'accorder quand le testateur a lui-même *divisé* la chose, l'eût-il fait par une seule et même disposition. Indépendamment de ces observations, qui suffisent à écarter toute idée d'accroissement, quand il y a eu conjonction *verbis tantum*, nous remarquerons que l'accroissement, si on le concédait en pareille circonstance, attribuerait le legs caduc à un légataire qui n'aurait rien perdu de son propre legs à concourir avec le légataire dont le legs est frappé de caducité; c'est-à-dire procéderait contrairement à la règle « *manere a quo relictum est* » que la théorie de l'accroissement, en droit français comme en droit romain, s'est, ainsi que nous l'avons dit, proposé d'appliquer. (Comp., au reste, Aubry et Rau, t. VI, p. 205, note 36; Demolombe, *Donations*, t. V, no 377.)

Digitized by Google

Or, ceci fait déjà suffisamment comprendre que si le testateur qui a légué à *Primus* la nue propriété et à *Secundus* l'usufruit, soit de la *totalité*, soit d'une *quote-part* de ses biens, devait être considéré comme ayant légué deux fois la jouissance, c'est-à-dire la même universalité, à deux personnes différentes, le profit du legs d'usufruit de *Secundus*, devenu caduc, irait au légataire de la nue propriété, *Primus*, non pas en vertu de la théorie spéciale de l'accroissement, mais bien en vertu de la règle « *manere a quo relictum est.*

2° Les autres hypothèses dans lesquelles c'est encore la règle *manere* qui est applicable et non pas la théorie de l'accroissement, se caractérisent, suivant nous, d'une manière tout aussi nette. L'histoire, non moins que l'économie des articles 1044 et 1045, et particulièrement la disposition exagérée de ce dernier texte qui refuse l'accroissement en cas de conjonction *re tantum* si la chose léguée est divisible sans perte, tout cela atteste que le législateur n'a consacré le droit spécial *d'accroissement* qu'en vue de circonstances où il serait impossible de conserver un effet à chacun des legs, si l'on ne les considérait comme ayant été faits *conjointement*, c'est-à-dire avec le dessein que la chose léguée deux fois, par exemple, fût partagée entre les deux légataires en cas de concours, plutôt que d'appartenir tout entière à un seul. En conséquence, on doit considérer comme en dehors de l'application des articles 1044 et 1045 toute hypothèse dans laquelle la présomption d'une *conjonction* entre les légataires ne s'impose pas impérieusement. Or, on peut observer qu'il en est ainsi toutes les fois qu'un des legs dans chacun desquels un même bien se trouve compris, a un objet plus considérable que l'autre. De plus, en pareil cas, l'application de l'article 1045, quoique matériellement possible, conduirait à des résultats trop contraires au bon sens pour qu'on puisse supposer que le législateur ait jamais songé à les consacrer.

Il est évident, par exemple, et cela n'a d'ailleurs jamais été contesté, que les articles 1044 et 1045 sont tout à fait étrangers à l'hypothèse où un objet particulier légué à *Secundus* était déjà compris tout entier dans un legs d'universalité fait à *Primus*. C'est ainsi que le légataire universel profite de la caducité des legs particuliers (art. 1003) et le légataire à titre *universel* de la caducité des legs particuliers pris sur son legs,

Digitized by Google

(art. 1010), sans qu'on ait jamais songé à parler ici d'accroissement; et en effet, cela eût conduit à n'accorder au légataire universel le profit de tous les legs particuliers caducs, et au légataire à titre universel le profit de ceux qui sont pris sur son legs, qu'autant que ces legs particuliers auraient eu pour objet des choses qu'il est impossible de fractionner sans perte, conséquence que personne, n'eussions-nous pas les articles 1003 et 1010, ne se serait avisé de supposer avoir été dans la pensée du législateur! D'ailleurs, en pareille hypothèse, la présomption de *conjonction* entre les légataires, loin de s'imposer, n'aurait aucune raison d'être. Non-seulement, en effet, il est beaucoup plus naturel de considérer le legs de chose *singula* comme étant la charge de l'autre *plus considérable;* mais même il n'y a aucune identité d'objet entre un legs d'*universalité* et le legs d'une chose *singula* comprise dans cette universalité. Le premier legs contient, sans doute, *en substance,* l'objet du second, mais non pas *en espèce;* et cela suffit pour que l'idée d'une *conjonction* entre les légataires ne soit pas admissible. Aussi voyons-nous qu'aux termes de l'article 1009, le légataire universel doit délivrer au légataire particulier non pas la moitié, mais la totalité de son legs; et de même évidemment le légataire *à titre universel* en ce qui concerne le legs particulier pris à ses dépens. Ainsi donc, le cas où un objet particulier légué à *Secundus* se trouvait déjà compris tout entier dans un legs d'universalité fait à *Primus* échappe à l'application de l'article 1045 du Code Napoléon; c'est la règle *manere*, etc., qui le régit.

C'est elle aussi, pensons-nous, qui régirait l'hypothèse où un objet particulier légué à *Secundus* se trouverait déjà compris dans un autre legs, *également particulier,* mais *plus considérable,* fait à *Primus.*

Nos motifs sont toujours les mêmes. Comment admettre que l'article 1045 gouverne la situation? Le testateur qui a légué à *Primus* le fonds A et le fonds B, et à *Secundus* le fonds B, parfaitement divisible d'ailleurs, serait donc présumé avoir voulu que, si *Secundus* faisait défaut, *Primus* eût le fonds A et la moitié seulement du fonds B? Cela est contre toute vraisemblance.

Et puis, ici encore, est-ce que la présomption de *conjonction* entre les légataires s'impose? Pas du tout; car la volonté du

Digitized by Google

testateur peut s'interpréter autrement; du moment que l'objet total de chacun des legs n'est pas égal. Cette volonté a très-bien pu être, pour le cas de concours, de donner tout entière à un seul légataire la chose léguée tout entière à tous deux. Non-seulement elle a pu être telle, mais elle doit, à notre avis, être entendue ainsi. En effet, donner la même chose tout entière à chacun des légataires, c'est impossible, et par conséquent l'intention du testateur ne peut être présumée telle (cf. art. 1157 et 900, C. Nap.). Donner la moitié à chacun, c'est possible, et c'est ce qu'il faudrait faire, en effet, s'il ne se présentait une troisième interprétation qui respecte beaucoup plus les termes du testament (lequel n'a pas divisé l'objet légué), et qui, par cette raison, doit être préférée. Cette troisième interprétation est précisément celle que nous avons indiquée, et qui consiste à voir dans le legs fait à *Secundus* un legs *à la charge* de *Primus*, et non pas un legs à partager avec *Primus*: en d'autres termes, pas de conjonction.

Ce qui est enfin particulièrement hors de doute, à notre estime, c'est que le législateur n'a pas entendu appliquer la théorie de l'accroissement à l'hypothèse où la *pleine propriété*, non-seulement d'une universalité, mais même d'un objet particulier ayant été léguée à *Primus*, l'usufruit du même bien serait légué à *Secundus*. Effectivement, cette situation est analogue à celle que nous examinions plus haut, où il existe, en présence d'un legs d'universalité un legs d'une *res singula* comprise dans cette universalité ; c'est-à-dire que la présomption d'une conjonction entre les légataires, 1° ne s'impose nullement, attendu que l'objet des deux legs n'est pas égal ; 2° n'est pas même concevable, attendu qu'à aucun degré il n'y a entre les deux legs identité d'objet. La loi 11, Dig., *De usu el usufructu*, 33, 2, partageait, il est vrai, l'usufruit entre les légataires; mais cette solution n'était pas plus conforme aux principes du droit romain qu'elle n'est d'accord avec ceux du Code Napoléon. En effet, les deux législations définissant l'usufruit « la jouissance des choses dont la propriété est à *un autre* » (Instit., *De usufructu*, § pr., et art. 578 C. Nap.), il en résulte qu'en droit romain, comme en droit français, on ne saurait voir dans notre hypothèse qu'un seul legs d'*usufruit*, celui de *Secundus*, et que, dès lors, l'usufruit ne se trouvant pas légué à chacun de deux légataires différents, il n'y a pas de *conjonc-*

Digitized by Google

tion, partant pas d'*accroissement* possible. Enfin l'article 1045, s'il fallait l'appliquer ici, ne ferait-il pas échec à toute raison? Comment présumer que le testateur a voulu réduire *Primus* à la nue propriété, plus *la moitié* seulement de l'usufruit, dans le cas où le legs de *Secundus* serait caduc et où l'usufruit serait susceptible de division?

Ainsi donc, étant supposés en présence, d'une part, un legs de *pleine propriété*, soit de la totalité ou d'une quote-part des biens, soit d'un objet particulier; d'autre part, un legs en *usufruit* des mêmes biens; de deux choses l'une : ou bien le legs d'usufruit n'est pas caduc, et alors il constitue un legs *à la charge* du legs en pleine propriété, c'est-à-dire sans aucun partage avec lui; ou bien le legs d'usufruit est frappé de caducité, et alors ce n'est pas la théorie de l'accroissement (art. 1044, 1045 C. Nap.), mais bien la règle plus générale *manere a quo relictum est*, qui attribue le legs d'usufruit au légataire en pleine propriété, comme elle attribue, dans les cas précédemment examinés, le legs le moins important au propriétaire du legs le plus considérable.

14. C'est, par conséquent, en vertu de cette règle, que, s'il était exact de considérer le droit *actuel* aux fruits comme compris dans le legs de nue propriété, le légataire en *nue propriété* de *tous biens* devrait profiter de la caducité du legs en usufruit des mêmes biens, comme s'il avait été institué, *en propres termes*, légataire *universel*.

D'un autre côté, si l'usufruit de *tous* biens ne démembre pas la pleine propriété de tous biens, on ne saurait admettre que l'usufruit d'une quote-part des biens ou d'un objet particulier démembre davantage la pleine propriété d'une quote-part des biens ou d'un objet particulier; en sorte que l'on serait conduit à décider que, dans tous les cas, la caducité du legs d'usufruit profitera au légataire de nue propriété en vertu de la règle « *manere a quo relictum est*, » conclusion tout opposée, on le sait, à celle que nous avons formulée.

Il n'en est pas ainsi, et nous persistons à déclarer inapplicable à notre cas la règle *manere a quo relictum est*.

15. Est-il vrai de dire, en effet, que l'usufruit ne démembre pas ici la pleine propriété? Voilà ce qu'il faut examiner. Or, à cet égard, notre sentiment est diamétralement contraire à la doctrine que nous avons exposée tout à l'heure. Certes,

Digitized by Google

en la combattant, c'est-à-dire en refusant d'assimiler le légataire en *nue propriété*, même de tous biens, à un légataire en pleine propriété (comme aussi en refusant d'attribuer l'usufruit, objet du legs caduc, au légataire de nue propriété), nous ne sommes pas exempt d'un sentiment de réserve bien naturel, mais il s'inspire uniquement, nous devons l'avouer, du respect profond que nous éprouvons pour la haute autorité des jurisconsultes qui ont soutenu la solution opposée; et notre conviction nous porte néanmoins très-décidément, en vertu des motifs qui vont suivre, à ne pas approuver cette solution.

16. Encore bien que l'usufruit soit une charge imposée à la nue propriété, nous croyons ne tomber dans aucune contradiction en pensant que la nue propriété et l'usufruit sont, et sont en toute circonstance, deux choses bien distinctes et bien indépendantes l'une de l'autre quant à leur destinée, tant que l'usufruit existe.

1° L'art. 543 du Code Napoléon, énumérant les principaux droits réels qu'on peut avoir sur les biens, précisément dans le but, sinon très-exactement atteint par le texte, du moins révélé par les rédacteurs du Code, de limiter les démembrements de la propriété, dont avait abusé sous l'influence du du droit féodal, l'ancienne jurisprudence, prouve déjà que l'usufruit a été conservé (comme tous les droits énoncés dans ce texte) à titre de démembrement de la propriété, et la loi n'a indiqué aucun cas où l'usufruit puisse être dépouillé de ce caractère, aucun point de vue sous lequel l'usufruit puisse être envisagé autrement. Bien au contraire, à l'exemple du droit romain, le Code Napoléon (c'est une remarque que nous avons eu déjà occasion de faire) exige, pour le qualifier d'*usufruit*, que ce démembrement de la propriété soit en d'autres mains que la nue propriété (art. 578). Le législateur a répudié ainsi la distinction imaginée autrefois par l'École, en usufruit *causal* qui serait la jouissance exercée par le *plein propriétaire*, et usufruit *formel* qui serait le nom donné à la jouissance usufructuaire telle que notre loi l'admet, c'est-à-dire constituée au profit d'un tiers. Ainsi l'usufruit non-seulement démembre la propriété, mais ne se conçoit que matériellement séparé du *jus abutendi*.

2° Qu'importe que la nue propriété contienne en germe le droit aux fruits, qui n'en est séparé que pour un temps? La réponse est qu'il n'y a vocation au droit de percevoir les fruits,

Digitized by Google

que pour plus tard et non pas pour tout de suite ; en sorte que le droit de percevoir les fruits jusqu'à l'extinction de l'usufruit est définitivement perdu pour le nu-propriétaire (et même pour ses héritiers, car la mort du nu-propriétaire n'empêche pas l'usufruit de subsister (Comp. *Fragm. Vatic.*, § 42). Et, d'un autre côté, nous verrons bientôt que ce droit n'est pas acquis à l'usufruitier successivement et jour par jour, mais qu'il l'est d'un seul coup, une fois pour toutes, lors de la création de l'usufruit (art. 578, C. Nap.). En somme, le droit de percevoir les fruits appartient exclusivement à l'un et le fonds exclusivement à l'autre, *jusqu'à l'extinction de l'usufruit*. Et voilà précisément ce qui fait de la nue propriété et de l'usufruit deux choses distinctes! Si bien, qu'on dit de *Primus* qu'il est légataire de la nue propriété et de *Secundus* qu'il est légataire de l'usufruit, et qu'on ne s'aviserait assurément pas, si le légataire de la nue propriété était tout seul, de lui attribuer la moindre partie de l'usufruit, qui resterait alors aux héritiers (Loi 14, *Cod. de usufructu*; V. Demolombe, t. X, n° 240). De même, supposez un légataire de tous biens en nue propriété, et un légataire de tous biens en usufruit. Contestera-t-on que le légataire d'usufruit ait droit à l'usufruit tout entier des biens? Non sans doute. Et dès lors comment se pourrait-il que le légataire en nue propriété eût quoi que ce soit de cet usufruit? Encore une fois, on ne peut créer l'usufruit sans le séparer tout à fait de la nue propriété jusqu'au jour *où il n'y aura plus d'usufruit*.

3° Et, cette séparation, le Code Napoléon l'a formellement et maintes fois accentuée dans les rapports de l'usufruitier avec toutes personnes.

a) Ainsi, aux termes de l'article 595 Code Napoléon, l'usufruit peut être cédé par l'usufruitier à un tiers. On a dit, il est vrai, que ce qui pouvait être cédé, c'était non pas le droit d'usufruit lui-même, mais son exercice, et telle était, ajoute-t-on, la théorie romaine. Mais, d'abord, le texte de l'article 595 résiste énergiquement à cette interprétation. Et puis, suivant une très-judicieuse remarque, si, en droit romain, le droit d'usufruit lui-même a pu être considéré comme ne pouvant être cédé, cela tient aux formalités de l'*in jure cessio*, qui auraient conduit à constituer sur la tête du cessionnaire un droit d'usufruit avec durée jusqu'à sa mort, à lui, et non pas seulement jusqu'à celle de l'usufruitier primitif, ce qui est précisé-

Digitized by Google

ment seul contraire, mais l'est sans aucun doute, à la règle de l'intransmissibilité de l'usufruit ; en sorte que, en droit romain, rien ne prouve que le droit d'usufruit lui-même ne pût être transmis à un tiers par d'autres moyens que la *cessio in jure ;* le § 1er du titre *De usu et habitatione*, aux *Institutes*, établit même cette possibilité (V. Demolombe, t. X, n° 362. — G. Demante, *Exposé des principes de l'enregistrement*, n° 332, note 1. — Mourlon, *Rép. écr.*, t. I, n° 1563. — Comp. aussi *Fragm. Vatic.*, § 41). L'argument tiré du texte de l'article 595 suffit, au reste, à établir que, chez nous, le *droit* d'usufruit peut être cédé par l'usufruitier.

b) La séparation absolue de l'usufruit, tant qu'il dure, d'avec la nue propriété, se manifeste encore encore très-nettement dans la disposition de l'article 621, où il est dit que la vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier, qui continue à jouir de son usufruit s'il n'y a pas formellement renoncé.

c) La même intention législative se révèle enfin, d'une manière éclatante, au titre même *Des donations et des testaments*, qui fait le siége de notre matière, et, précisément comme dans notre espèce, dans le rapport d'un bénéficiaire de l'usufruit, soit avec le disposant, plein propriétaire, qui le lui a transmis, soit avec un bénéficiaire de la nue propriété institué par le même disposant. N'est-ce pas, en effet, parce que l'usufruit et la nue propriété sont, toujours et à tous égards, deux choses essentiellement distinctes, que le Code Napoléon a décidé, dans l'article 899, que la disposition entre-vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit serait donné à l'un et la nue propriété à l'autre, ne serait point considérée comme une substitution prohibée? Il résulte, en effet, de ce texte : 1° que le droit aux fruits jusqu'à la mort de l'usufruitier ou tout autre événement de nature à mettre fin à l'usufruit, est absolument étranger au legs de nue propriété. Ce point ne fût-il pas d'ailleurs certain, la crainte même, manifestée par la loi, qu'on ne se laissât prendre quant à l'usufruit, aux apparences d'une substitution prohibée, le démontrerait; 2° mais, il y a plus; si la disposition de l'usufruit au profit de l'un et de la nue propriété au profit de l'autre ne peut être considérée comme une substitution prohibée, n'est-ce pas évidemment parce que, loin de se confondre avec la nue propriété tant qu'il y a un usufruitier, le droit aux fruits, entre

Digitized by Google

les mains de l'usufruitier d'abord, puis du nu-propriétaire, après la mort de l'usufruitier, *ne constitue pas même*, ainsi qu'on eût pu le croire, *un seul et même bien*, transmis du disposant au substitué par un intermédiaire chargé de rendre? C'est que, en effet, et nous tenons à mettre bien en lumière cette vérité, il n'y a pas plus de *réunion* proprement dite de l'usufruit à la nue propriété lors de la mort de l'usufruitier, qu'il n'y avait auparavant identité de droits entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Il y a simplement *extinction* de l'usufruit, lequel, *tant qu'il a duré, et par conséquent tant qu'il a pu porter ce nom, est resté distinct de la nue propriété*, formant avec elle deux choses essentiellement indépendantes l'une de l'autre, et attribuées chacune à un bénéficiaire différent. Voilà pourquoi il n'y a pas de substitution. Et voilà bien pourquoi aussi, en matière fiscale, la réunion de l'usufruit à la nue propriété, quand elle a lieu par voie de simple extinction, c'est-à-dire sans cession ou autre acte analogue, ne donne pas ouverture au droit proportionnel de transmission (loi du 22 frimaire an VII, art. 15, n°s 6 et 7). C'est, comme l'a très-bien dit M. Gabriel Demante, parce que « le nu-propriétaire acquiert l'usufruit (disons plus exactement le droit aux fruits) *par l'énergie de son titre primitif.* » (*Exposit. rais. des princ. de l'enregistrement*, n° 752.) Mais toute autre est cette proposition si vraie, et toute autre est celle qui fait du légataire en nue propriété de tous biens un légataire universel, absolument comme s'il avait, *au jour du décès du testateur*, non pas un droit de simple expectative, mais un droit égal sur les fruits à celui du légataire d'usufruit. Il n'a, en réalité, qu'*un titre* pour l'avenir, c'est-à-dire pour une époque où (nous le répétons encore) il n'y aura plus d'usufruit, un titre, en d'autres termes, à un droit qui, entre ses mains, ne s'appellera jamais l'*usufruit*.

Ce qui vient d'être dit suppose que le retour du droit aux ruits entre les mains du propriétaire est *extinctif*, purement et simplement, du droit d'usufruit, et nous avons fait nous-même la réserve du cas où l'usufruit pourtant serait *cédé* au nu-propriétaire. Mais est-il possible qu'une pareille cession ait lieu, ce qui donnerait au retour du droit aux fruits entre les mains du nu-propriétaire un caractère transmissif? On a répondu négativement, et cette opinion a été soutenue avec un talent remarquable (voy. Championnière et Rigaud, n°s 290, 588 et 590). Une doctrine plus récente enseigne, au con-

Digitized by Google

traire, que le retour du droit aux fruits entre les mains du nu-propriétaire peut contenir, suivant l'intention des parties, une véritable transmission, et non pas une extinction de l'usufruit (Demante, n° 462, 1°, et 462 *bis*. — Demolombe, t. X, n° 683. — Gabriel Demante, *Enregistrement*, n° 335.— Mourlon, *Transcription*, n° 343). Il nous suffit, pour partager cette opinion, de rappeler que l'usufruit peut être *cédé* par l'usufruitier (art. 595 C. Nap.). Objecte-t-on la règle « *nemini res sua servit?* » Cette règle fait bien obstacle, nous en convenons, à ce que le plein propriétaire puisse se constituer un usufruit à lui-même sur sa propre chose, plus généralement à ce qu'en aucun cas il puisse exercer sur sa propre chose le droit aux fruits *jure servitutis;* mais fait-elle obstacle par exemple, à ce que le plein propriétaire, sans cesser de jouir *jure domini* confère hypothèque sur l'usufruit seulement, qui, dès cet instant, et en ce qui concerne exclusivement l'exécution du contrat passé entre le débiteur et son créancier, devra être considéré comme détaché de la nue propriété et constitué au profit du créancier sur la tête du débiteur? Juridiquement nous ne voyons là, quant à nous, rien d'impossible. — Et de même l'usufruit ayant été une fois créé au profit de *Secundus*, pourquoi le nu-propriétaire, *Primus* ne pourrait-il reprendre le droit aux fruits à titre *translatif*, avec les conséquences attachées à ce titre, et particulièrement le respect des hypothèques conférées par l'usufruitier, et ce, *jusqu'à l'avénement d'un fait véritablement extinctif* de l'usufruit? Nous ne voyons rien qui s'y oppose. Pourquoi la *cession* de l'usufruit, qui peut avoir lieu au profit d'un tiers, ne pourrait-elle avoir lieu au profit du nu-propriétaire?

Ainsi donc, le retour du droit aux fruits entre les mains du nu-propriétaire peut avoir un caractère transmissif. Mais cela, précisément, confirme une fois de plus notre doctrine de l'indépendance de l'usufruit, tant qu'il existe, vis-à-vis de la nue propriété.

4° Et puisque nous avons été amené, il y a un instant, à parler de la loi fiscale, c'est le cas de montrer qu'à tous égards elle est en parfait accord avec les idées que nous venons d'émettre, tant sur la cessibilité du droit d'usufruit que sur la séparation absolue de l'usufruit, pendant sa durée, d'avec la nue propriété; et il est bon de noter que ces principes étaient par elle consacrés dès avant le Code Napoléon. Jetons

Digitized by Google

donc un coup d'œil sur les dispositions de la législation de l'enregistrement relatives à la transmission de l'usufruit, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit :

a) En ce qui concerne les transmissions *à titre onéreux :* d'après la loi du 22 frimaire an VII, articles 4, 69, § 7, n° 1, et 15, n° 6, les cessions d'usufruit sont soumises au droit proportionnel de mutation. Et ce n'est point une disposition mise à la légère dans ces textes, mais bien une prescription très-réfléchie que celle qui sépare ainsi d'une manière très-tranchée l'usufruit de la nue propriété relativement au droit de mutation. Cette disposition est, en effet, toute différente de la législation féodale, qui dispensait les cessions d'usufruit du droit de mutation, estimant que le nu-propriétaire restait vassal même pour l'usufruit. Mais la législation du centième denier, au contraire, exigeait le droit de mutation, du moins pour toute cession d'usufruit immobilier. Et « c'est sans doute pour confirmer la jurisprudence du centième denier, » dit encore très-judicieusement M. Gabriel Demante, que, » dans presque tous les passages du tarif, la loi de frimaire, à côté de la propriété, mentionne expressément l'usufruit. » (*Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, t. I, n° 331.)

Et cette séparation très-nette de la nue propriété et de l'usufruit jusqu'à l'extinction de ce dernier s'affirme encore davantage, si l'on réfléchit que, d'après la même législation de l'an VII sainement interprétée, le droit de mutation pour l'usufruit immobilier frappe non pas seulement la transmission d'un usufruit déjà antérieurement constitué, mais encore la constitution originaire elle-même de l'usufruit. (Voy. Gabriel Demante, n° 332 et la note.)

Ce n'est pas tout ; la loi a poussé l'application de ces principes jusqu'à prendre une mesure d'une rigueur exceptionnelle pour déjouer toute tentative de fraude en ce qui concerne les cessions d'usufruit. Supposons que la nue propriété d'un fonds soit vendue à *Primus* et l'usufruit à *Secundus*. D'après les textes que nous venons de citer, combinés avec l'article 17 de la même loi du 22 frimaire an VII, le droit proportionnel de mutation sera perçu sur le prix de la vente de nue propriété, d'une part, considéré comme représentant la valeur de la nue propriété vendue, au jour de la vente, et sur le prix de la cession d'usufruit, d'autre part, et la réunion postérieure de l'usufruit à la nue propriété, par voie de simple extinction,

Digitized by Google

ne donnera lieu à aucun droit proportionnel. En effet, en payant sur la valeur de la nue propriété au jour du contrat (art. 17), on a payé pour l'expectative de l'usufruit. Jusque-là, rien que de conforme au droit commun de l'enregistrement. Mais supposons maintenant une vente de nue propriété faite à *Primus* avec réserve d'usufruit au profit du vendeur. D'après l'article 15, n° 6, de la loi du 22 frimaire an VII, on devra présumer que l'usufruit a été vendu en secret et à part, en même temps que la nue propriété l'était ostensiblement; c'est-à-dire que, suivant le texte de la loi, l'usufruit « sera évalué à la moitié de tout ce qui forme le prix du contrat, et le droit sera perçu sur le total. » En d'autres termes, l'acquéreur de nue propriété paye comme si, dès à présent, il avait acquis la pleine propriété. Il est vrai que plus tard, aux termes du même article, la réunion de l'usufruit à la nue propriété par voie de simple extinction n'entraînera aucun droit proportionnel; mais ceci n'est autre chose que le droit commun, ainsi que nous l'avons vu; et il n'en eût pas dû être autrement si *Primus*, acquéreur de nue propriété, n'eût payé que sur la valeur de la nue propriété au temps de la vente. En d'autres termes, il reste vrai que la perception opérée, comme s'il y avait eu vente de pleine propriété, est exorbitante. Elle est pourtant maintenue; à telles enseignes que si la réunion de l'usufruit à la nue propriété, au lieu de s'opérer par voie d'extinction, s'opérait par voie de cession, et pour un prix supérieur à celui auquel a été évalué l'usufruit lors de la première vente, assurément la loi n'exige pas et ne pouvait exiger le droit sur la totalité du prix d'une cession qu'elle se trouve avoir à tort présumée déjà faite, et frappée, en conséquence, de la taxe proportionnelle, mais elle exige la perception « d'un droit par supplément sur ce qui se trouve excéder la première évaluation. » En un mot, l'acquéreur de nue propriété ne s'en trouve pas moins, en fin de compte, avoir payé ce qu'il ne devait pas. On a voulu éviter ainsi la fraude qui aurait consisté à réaliser une vente de pleine propriété sous la forme d'une vente de nue propriété seulement, sauf engagement secret par le vendeur de renoncer ensuite purement et simplement à l'usufruit par lui retenu, ce qui n'entraînerait aucun droit. Quoi qu'il en soit, une pareille précaution prise par la loi pour atteindre les transmissions d'usufruit indépendamment des transmissions de

Digitized by Google

nue propriété, ne fait que mieux ressortir la destinée distincte que nous avons reconnue à chacun de ces deux éléments de la propriété tant que l'usufruit n'a pas été éteint.

b) Les transmissions d'usufruit *à titre gratuit*, telles que la loi fiscale les envisage, nous fournissent le sujet d'observations analogues. Aux termes de l'article 15, n° 7, de la loi de l'an VII, le donataire ou légataire de nue propriété paye le droit de mutation comme s'il acquérait la pleine propriété. Est-ce à dire qu'il est investi de la jouissance lors du décès du testateur? En aucune façon; car (et c'est là ce qu'il faut noter) la taxe imposée au donataire ou légataire en nue propriété n'empêche pas le légataire ou donataire en usufruit d'être tenu de payer de son côté, et de payer *en entier* le droit de mutation *pour l'usufruit*. Et voici l'explication de ces dispositions : la loi, pour asseoir la perception du droit proportionnel dans les transmissions de nue propriété à-titre gratuit, ne s'attache pas, comme elle le fait dans les transmissions à titre onéreux (à part la disposition exceptionnelle de l'article 15, n° 6) à la valeur vénale du fonds transmis, au moment de la mutation (art. 17); elle a raisonné d'une façon plus conforme peut-être aux principes du droit fiscal, mais moins équitable, et rationnellement moins exacte. Elle a considéré que le donataire ou légataire en nue propriété aurait un jour la pleine propriété; et comme, en droit fiscal, le terme imposé à une mutation ne la soustrait pas à l'acquittement immédiat de la taxe, elle a traité le titulaire, à titre gratuit, de la nue propriété, comme s'il était déjà plein propriétaire. Mais, et voilà, encore une fois, ce qu'il nous faut ici remarquer, elle n'en a pas moins obligé le titulaire de l'usufruit à payer, et à payer *seul*, pour l'usufruit, c'est-à-dire pour la jouissance actuelle des fruits. Autrement dit, il y a là une consécration nouvelle de la vérité que nous cherchons à établir, savoir l'indépendance absolue de l'usufruit vis-à-vis de la nue propriété, tant que l'usufruit n'est pas éteint, en un mot, tant qu'il y a usufruit.

17. Nous la maintenons donc.

Il en résulte que le légataire de tous biens *en nue propriété* n'est, pas plus que le légataire *en usufruit* de tous biens, un légataire *universel* (*sic*, arrêt confirmatif de la Cour de Paris, du 21 février 1826, cassé par l'arrêt de cassation du 7 août 1827, cité plus haut, n° 10). Que sont-ils?

Pour plus de simplicité, prenons d'abord seulement le lé-

Digitized by Google

gataire *en usufruit* de tous biens. Une opinion très-accréditée en fait aujourd'hui un légataire *particulier*. Il n'est pas compris, en effet, dit-on, dans l'énumération des cas de legs *à titre universel*, présentée par l'article 1010 Code Napoléon, premier alinéa; or, aux termes du deuxième alinéa du même article, *tout autre legs* est un legs particulier. En vain l'article 612 Code Napoléon parle-t-il d'usufruitiers *universels* ou *à titre universel*, par opposition aux usufruitiers *particuliers* dont il est question dans l'article 611. C'est en tant qu'usufruitiers, et non pas en tant que légataires, que les usufruitiers dont il s'agit sont ainsi qualifiés; et la preuve en est, pourrait-on ajouter, qu'il est parlé dans l'article 612 d'usufruitier *universel*, alors que cependant, et de l'aveu de tout le monde, un légataire en usufruit, même de tous biens, ne saurait être un légataire universel. Le légataire en usufruit de la totalité ou d'une quote-part des biens, est donc, conclut ce système, un légataire particulier, d'après l'article 1010, deuxième alinéa. (*Sic*, Proudhon, *Usufruit*, t. II, n° 476. — Duvergier, sur Toullier, t. III, n° 432, note *a*. — Coin-Delisle, art. 1003, n° 17. — Bayle-Mouillard, sur Grenier, t. II, n° 288, note *c*. — Marcadé, art. 1010, n° 3. — Dalloz, *Rép. alph.*, v° *Dispos. entre-vifs*, n°s 3710 et suiv. — Mourlon, *Rép. écr.*, t. II, n° 822. — Aubry et Rau, t. VI, p. 147. — Colmet de Santerre, t. IV, n° 157 *bis*, II. — Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1381. — Demolombe, *Donations*, t. IV, n° 586. — Voy. aussi notamment Bordeaux, 19 février 1853 (Devill., 1853, II, 327, et Dalloz, 1854, 2, 146).—Agen, 19 décembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 5). — Nîmes, 14 janvier 1862; 30 avril 1866; 21 décembre 1866: les deux premiers cités et le troisième rapporté par *le Droit* des 14 et 15 janvier 1867.)

Une autre opinion le considère comme un légataire *à titre universel*. C'est ce que jugeait l'arrêt de Paris du 21 août 1826 que nous avons cité il y a un instant, et qui, sur ce point, n'a pas été cassé. Cette solution compte aussi parmi les auteurs, et surtout dans la jurisprudence de la Cour de cassation d'imposants soutiens. (Delvincourt, t. II, p. 95. — Vazeille, art. 1003, n° 3. — Duranton, t. IV, n°s 522 et 633, et t. IX, n° 208.— Poujol, art. 1006, n° 6.— Troplong, t. IV, n° 1848. — Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 249, 250. — Cassat., 4 fructidor an XIII (Sirey, VI, 1, 8). — Cassat., 7 août 1827, précité au n° 10. — Cassat., 8 décembre 1862 (Devill., 63, 1,

Digitized by Google

34; Dall., 63, 1, 73, et les autorités citées par l'arrêtiste).)

Cette seconde doctrine nous paraît infiniment plus près de la vérité que la première, sans pourtant que la qualité de légataire à titre universel, ainsi que l'entend l'article 1010 du Code Napoléon, soit exactement celle qui convient au légataire en usufruit de la totalité ou d'une quote-part des biens, ainsi qu'on le verra tout à l'heure. Ce qui nous semble certain, c'est qu'il ne peut être un légataire particulier. De quelque façon, en effet, que l'on entende l'article 612 Code Napoléon quant à l'action du créancier, il n'en est pas moins constant que cet article oblige le légataire en usufruit de totalité ou d'une quote-part des biens à supporter définitivement le payement des intérêts des dettes qui grèvent la succession. Or un légataire *particulier* n'est tenu ainsi d'aucune dette, pas même des dettes hypothécaires, ni pour le capital, ni pour les intérêts. Autrement dit, si le légataire en usufruit de totalité ou d'une quote-part des biens était un légataire particulier, l'article 612 formerait une antinomie flagrante avec l'article 1024 Code Napoléon. Nous admettons bien que le légataire universel ou à titre universel en usufruit n'est pas tenu des dettes comme représentant la personne du défunt, mais seulement en vertu de la règle « *Bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno;* » et, pour le dire en passant, il ne nous paraît pas que le légataire en pleine propriété ait une condition différente, et nous reviendrons dans un instant sur ce point. Oui donc, c'est la règle « *Bona non intelliguntur* » qui est appliquée par l'article 612; pas autre chose. Il y a mieux. Nous concédons que le créancier, qui pourrait agir directement contre un légataire universel ou à titre universel en *pleine propriété*, ne le peut pas (la loi a eu ses raisons pour cela) contre le légataire de totalité ou de quote-part des biens en usufruit, du moins dans le cas de l'article 612, et qu'il doit s'adresser au nu-propriétaire, sauf à celui-ci à répéter les intérêts contre l'usufruitier. C'est là ce qui nous paraît résulter du texte de l'article 612. Mais qu'importe? Ce qu'on ne peut, après tout, contester, c'est que le légataire de totalité ou de quote-part des biens en usufruit ait le fardeau, définitivement à sa charge, des intérêts des dettes. Or, encore une fois, telle n'est pas la condition d'un légataire particulier.

A. VAUGEOIS.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA PRESCRIPTION DES DROITS RÉELS IMMOBILIERS SUSPENDUS PAR UNE CONDITION.

Par M. Léopold Thézard,
avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Poitiers.

1. La propriété immobilière et les autres droits réels de même nature sont le plus ordinairement constitués d'une façon définitive, pure et simple, au profit de ceux auxquels ils appartiennent. Mais assez souvent aussi, ils sont attribués à deux titulaires dont l'un a une propriété *résoluble*, l'autre une propriété *suspendue* par une condition : le premier est investi, pendant l'incertitude du temps intérimaire, d'une propriété actuelle; le second a pour lui une expectative qui pourra faire évanouir le droit du précédent.

La condition fait-elle défaut, le premier est censé avoir toujours été propriétaire: s'il a fait des actes de disposition, ils sont complétement respectés. La condition s'accomplit-elle au contraire, il est censé n'avoir jamais détenu que pour le compte du second propriétaire ; on annule les actes de disposition qu'il a faits au détriment de ce dernier, à qui la chose doit être remise comme s'il y eût toujours eu un droit exclusif.

Cette situation est la plupart du temps fâcheuse au point de vue économique. Le propriétaire placé sous le coup d'une résolution n'apporte pas à la conservation et à l'amélioration de la chose ce soin et cette activité qui font fructifier le sol et augmentent la richesse publique. D'autre part, il est presque impossible d'aliéner ou de faire accepter par les tiers comme sûreté suffisante un immeuble dont on ne peut leur garantir la propriété. Les biens ainsi incertains entre deux propriétaires sont donc en grande partie perdus pour la production; ils le sont complétement pour le crédit: aussi la loi doit-elle tendre à en limiter le nombre le plus possible.

2. Néanmoins l'économie de notre Code admet bien des causes de résolution dans la propriété immobilière. Il nous suffira d'indiquer quelques-unes des plus usuelles.

Digitized by Google

Un *legs* peut être fait sous condition suspensive ou résolutoire.

Une *donation* peut aussi être soumise par la convention des parties à de semblables conditions, pourvu d'ailleurs qu'elles ne soient ni contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, ni potestatives de la part du donateur. Spécialement, la donation peut être faite sous la condition qu'elle sera résolue si le donataire meurt avant le donateur (art. 952 C. Nap.). — Quelquefois même c'est la loi qui sous-entend la condition résolutoire : l'inexécution des charges, la survenance d'enfants au donateur sont des causes de révocation éventuelle contre le donataire (art. 954, 960 C. Nap.).

Les *substitutions permises* nous offrent un exemple frappant de propriété conditionnelle. Le grevé est propriétaire plein et entier s'il meurt sans que la substitution s'ouvre; si elle a son effet, la propriété de ce même grevé est résolue, après une incertitude qui a duré autant que son existence.

Les contrats translatifs de propriété admettent aussi les conditions suspensives et résolutoires. La loi elle-même, en matière de *vente*, organise la faculté de réméré, et ouvre l'action résolutoire pour défaut de payement du prix. En matière d'*échange*, et pour le cas où il y aurait éviction, elle permet à la partie évincée de réclamer l'immeuble qu'elle avait aliéné.

L'ouverture des *successions* elle-même, lorsqu'il y a plusieurs cohéritiers, peut être envisagée comme constituant au profit de chacun d'eux un droit résoluble sur tous les biens indivis. Le partage a pour effet de fixer d'une façon définitive une partie des biens sur la tête de chacun en particulier, et de résoudre au profit des autres cohéritiers tous les droits que l'indivision lui donnait sur le reste de la succession. Ainsi s'explique en théorie la fiction de l'art. 883 du Code Napoléon.

Dans toutes ces hypothèses, nous trouvons un droit réel qui a un objet certain, qui repose provisoirement sur une tête déterminée, mais dont l'attribution définitive est douteuse; dans toutes, il y a au moins deux propriétaires, dont l'un est investi actuellement et sous condition résolutoire, l'autre éventuellement et sous condition suspensive. Selon que la condition s'accomplira ou non, il faudra reconnaître rétroactivement à l'un ou à l'autre la qualité de seul et exclusif propriétaire. Cependant il y a plusieurs variétés à distinguer dans ces hy-

Digitized by Google

pothèses. Dans certains cas, la résolution doit s'opérer de plein droit au profit du propriétaire sous condition suspensive, et détruire, par le seul événement de la condition, la propriété résoluble; dans d'autres, les tribunaux doivent constater l'accomplissement de la condition, et prononcer la résolution. D'autre part, il y a des conditions qui dépendent du hasard seul; d'autres sont soumises jusqu'à un certain point à la volonté de l'une ou de l'autre des parties.

Comme la propriété et les autres droits réels, le droit d'*hypothèque* peut être suspendu par une condition, quand la créance dont il est l'accessoire est conditionnelle.

Enfin, on a pu aussi rapprocher des droits conditionnels, mais non leur assimiler, certains *droits éventuels* qui, naissant à l'ouverture d'une succession, réagissent sur des faits antérieurs. Telles sont les actions données pour réclamer les biens compris dans les donations soumises à réduction; les actions en revendication qui peuvent naître de l'annulation d'un partage d'ascendants entre-vifs. En pareil cas, avant l'ouverture de l'action, il n'y a pas même un droit conditionnel permettant des actes conservatoires; mais il y a un droit éventuel dont la réalisation ressemble assez à l'événement d'une condition.

3. Les droits réels immobiliers qui dépendent d'une condition sont l'occasion de graves difficultés. Mais parmi les plus délicates sont celles qui se rapportent à la *prescription*. Quelle prescription peut-on en effet opposer au titulaire d'un droit conditionnel, lorsque, la condition étant accomplie, il se présente pour réclamer ce qui lui appartient? Y a-t-il eu *suspension* de cette prescription en sa faveur?

S'il s'agissait d'une simple créance personnelle, qui fût suspendue par une condition, il n'y aurait qu'à appliquer la règle très-claire de l'article 2257 du Code Napoléon :

« La prescription ne court point, — à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive; — à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu; — à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. »

Mais faut-il donner le bénéfice de cette règle à celui qui est non pas simplement créancier sous condition suspensive, mais propriétaire éventuel, ou titulaire éventuel d'un droit réel quelconque?

Digitized by Google

4. Le droit romain, dans son dernier état, admettait d'une façon générale l'impossibilité de toute prescription contre un créancier ou propriétaire conditionnel, tant que la condition n'était pas accomplie ; par conséquent, il lui permettait d'agir même contre les tiers détenteurs de l'objet de son droit, pendant tout le délai de la prescription après l'accomplissement de la condition (L. 1, § 2, C., *De annali exceptione;* — L. 7, § 4, C., *De præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum;* — L. 3, § 3, C., *Communia de legatis*)[1]. Le principe de ces décisions a été ainsi formulé : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.*

L'ancien droit français paraît avoir d'abord admis sans distinction cette imprescriptibilité au profit de tout titulaire conditionnel tant que la condition demeurait suspendue. Ce fut une règle consacrée dans l'article 117 de la coutume de Paris « que en douaire et autres actions qui ne sont encore nées, le temps de la prescription ne commence à courir que du jour où l'action est ouverte. »

Cependant l'application de cette règle à l'exercice des droits réels contre les tiers détenteurs présenta des difficultés. Trois principales questions furent examinées : 1° Prescription d'un droit d'hypothèque; 2° prescription des biens compris dans une substitution; 3° prescription des biens donnés qui doivent revenir au donateur par suite de survenance d'enfants.

Relativement à l'hypothèque, la pratique introduisit en faveur du créancier hypothécaire une action dite d'*interruption*, lui permettant, même avant l'exigibilité de la créance, d'assigner les tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué en déclaration de son droit, et d'interrompre la prescription qu'ils auraient plus tard invoquée contre lui. On considéra cette action comme suffisante pour sauvegarder le droit du créancier

[1] Beaucoup de romanistes refusent eependant une telle portée à ces textes, dus tous les trois à Justinien : les deux premiers ne feraient que consacrer l'imprescriptibilité de l'action personnelle entre le créancier et le débiteur conditionnels, et n'auraient pas trait à l'imprescriptibilité de l'action réelle à l'égard des tiers; le troisième texte établirait une imprescriptibilité toute spéciale aux biens compris dans un legs, mais si peu fondée sur la conditionnalité du droit du légataire, qu'elle s'étendrait même aux legs purs et simples ou à terme. En principe, l'usucapion, dans le cas d'aliénation conditionnelle, ne serait jamais refusée, *pendente conditione*, qu'à l'acquéreur soumis directement à la condition, mais non à ceux auxquels il aurait transmis la chose. (V. l. 2, § 2, D., *Pro emptore.*)

Digitized by Google

hypothécaire, et pour exclure l'application de la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Le tiers détenteur du bien hypothéqué put donc le prescrire, et se libérer de l'hypothèque par une possession de dix ou vingt ans, malgré la non-exigibilité de la créance.

Pour les biens compris dans les substitutions fidéicommissaires, la question fut plus délicate, et le droit romain conserva plus d'influence. On n'admit pas généralement la prescription de dix ou vingt ans. Mais plusieurs auteurs décidèrent que l'action d'interruption, étant ouverte au profit des appelés, était suffisante à les garantir; et que les tiers détenteurs pouvaient au moins prescrire pour trente ans. D'autres pensaient que les biens compris dans les substitutions, étant inaliénables, devaient aussi être imprescriptibles jusqu'à l'ouverture du droit des appelés.

Enfin, quant au droit du donateur de reprendre les biens donnés quand la libéralité était révoquée pour survenance d'enfants, la question fut tranchée législativement par l'ordonnance de 1731, article 45 : « Le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée, qu'après une possession de trente années qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur. » Cette disposition fut considérée comme exceptionnelle par les commentateurs de l'ordonnance, non-seulement en ce qu'elle prolongeait la suspension au delà de l'événement de la condition, mais aussi en ce qu'elle suspendait la prescription à l'égard des tiers détenteurs [1].

[1] Sallé, dans son *Esprit des ordonnances de Louis XV*, envisage l'article 45 comme une exception au droit commun ; il fait remarquer, comme chose exorbitante, que le donateur peut exercer son action en reprise, pendant trente ans à compter de la naissance du dernier enfant, *non-seulement contre les tiers possesseurs sans titre, mais même contre ceux qui auraient acquis régulièrement du donataire.*— Cette pensée est un véritable contresens : c'est à l'égard des possesseurs sans titre que la suspension de la prescription est contraire aux principes. — Pothier (*Donations entre-vifs*, sect. 3, art. 2, § 4), envisage ce point plus exactement à l'égard des acquéreurs du donataire. Il signale avec sagacité, bien qu'en termes sujets à critique, la nature propre de l'action en reprise accordée au donateur. « Son action est du nombre de ces actions qu'on appelle personnelles *in rem scriptæ*, qui suivent le possesseur; quoique le demandeur *non intendat*

Digitized by Google

5. On le voit, l'ancien droit n'avait pas de règle bien fixe sur la prescription accomplie par les tiers détenteurs à l'encontre des droits conditionnels. Quel est le principe du droit actuel en cette matière? Faut-il repousser l'application de l'article 2257 aux droits réels? Faut-il l'admettre d'une façon absolue?

Pour donner à la question une solution rationnelle et qui cadre régulièrement avec le système du droit nouveau, il faut (ce semble) mettre le *titulaire conditionnel* du droit réel en présence des différents possesseurs contre lesquels il peut être appelé à le réclamer, une fois la condition réalisée.

Parmi ces possesseurs, nous trouvons tout d'abord celui qui, d'après son titre personnel, est directement menacé par la condition; celui qui, au moment où apparaît l'existence possible du droit conditionnel, se trouve investi de la propriété susceptible d'être détruite ou altérée d'une façon quelconque par l'événement de la condition. Faute d'une expression déjà consacrée qui soit assez générale pour comprendre toutes les hypothèses, nous appellerons celui qui est ainsi menacé *ab initio* de l'événement de la condition, le *sujet passif du droit conditionnel*. Ce sera, en cas de legs conditionnel, l'héritier; en cas de vente résoluble, l'acheteur immédiat; en cas de donation soumise à résolution, le donataire, etc. Ce sujet passif est aussi nécessairement supposé dans tout droit conditionnel que le titulaire conditionnel lui-même. Mais la

rem suam esse (en quoi elles diffèrent de l'action réelle), *sed sibi dari seu restitui oportere*. La raison en est que la condition de révocation, en cas de survenance d'enfants, était inhérente au titre de donation et affectait la chose même donnée, de manière que le donataire ne la possédait et n'en était propriétaire qu'à cette condition, *cum hac causa;* et comme en l'aliénant, il n'a pu transférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même, tous ceux qui la tiennent de lui, soit médiatement, soit immédiatement, n'en sont pareillement propriétaires et possesseurs qu'à la condition et à la charge de l'action révocatoire en cas de survenance d'enfants. »— Plus loin (§ 5), il parle de la prescription spécialement : « Ce que nous disons, que le droit de révoquer pour cause de survenance d'enfants ne se prescrit que par trente ans depuis cette survenance, a lieu, soit que ce soit le donataire, soit que ce soit un tiers qui soit détenteur des choses données (ord. de 1731, art. 45); car la raison qu'on ne peut prescrire contre un droit avant qu'il soit ouvert, milite également à l'égard du tiers détenteur, comme à l'égard du donataire lui-même. » Pothier ne regarde donc pas la disposition de l'ordonnance comme absolument contraire au droit commun.

Digitized by Google

possession peut passer de ce sujet passif direct et originaire entre les mains de tiers détenteurs. Parmi ces tiers détenteurs, les uns pourront être les acquéreurs, les ayants cause à titre particulier du sujet passif du droit conditionnel; les autres, des possesseurs sans titre, ou avec un titre émané d'une personne étrangère à la condition et sans droit sur la chose.

C'est vis-à-vis de ces diverses classes de personnes qu'il faudra successivement placer le titulaire conditionnel du droit réel.

6. I. *Rapports du titulaire conditionnel avec le sujet passif du droit conditionnel.* — Il suffira de rappeler quelques-uns des exemples cités plus haut pour montrer que le sujet passif du droit conditionnel ne peut prescrire, que celui dont le droit est suspendu ne saurait commencer à être dépouillé par lui, tant que la condition n'est pas accomplie.

Ainsi 1° quand un donateur a stipulé le droit de retour pour le cas de prédécès du donataire, celui-ci ne peut, par une possession de trente ans et plus, les affranchir de la condition de retour qui les ramènera aux mains du donatenr. 2° Quand des biens sont affectés d'une substitution permise, le grevé, en possédant les biens pendant trente ans de sa vie, ne saurait en acquérir la propriété définitive et effacer le droit des appelés. 3° Quand des charges sont imposées à une donation, la prescription de l'action en révocation ne peut courir contre le donateur avant qu'il y ait eu inexécution, et par conséquent avant que le terme fixé pour l'exécution des charges soit arrivé. De même, l'action en résolution d'une vente pour défaut de payement du prix ne se prescrira pas avant que les délais du payement soient expirés. 4° La prescription de la réclamation des biens donnés, quand il y a révocation pour cause de survenance d'enfants, ne saurait être admise en faveur du donataire avant qu'il soit survenu un enfant. 5° Le bien hypothéqué à la garantie d'une dette conditionnelle ou à terme ne peut être libéré par la prescription entre les mains de celui qui l'a hypothéqué avant l'arrivée de la condition ou du terme. 6° Par des raisons analogues, l'action en réduction des donations qui excèdent la quotité disponible, l'action en nullité ou rescision d'un partage d'ascendants fait entre-vifs ne se prescrivent que du jour de l'ouverture de la succession.

Toutes ces propositions sont évidentes. Il est impossible

Digitized by Google

de ne pas appliquer ici le principe : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, ou : *Actio non nata non præscribitur.* L'article 2257 du Code Napoléon gouverne directement ces hypothèses et toutes celles de même nature. Car, si les actions que nous avons mentionnées ont un caractère réel en ce qu'elles se fondent sur un droit réel, constitué conditionnellement, et en ce qu'elles peuvent avoir leur effet contre les tiers, elles se fondent aussi sur une *obligation* conventionnelle ou légale de restituer l'objet ou de souffrir l'exercice du droit réel qui l'affecte, pour le cas où la condition s'accomplirait. Cette obligation a pris naissance au moment même où s'est formé le droit résoluble. L'action donnée au titulaire du droit conditionnel est donc une action *mixte;* elle implique à la fois l'idée de *droit réel* et celle de *créance;* et elle tombe au moins par un de ses côtés sous l'application de l'article 2257 du Code Napoléon. Qui ne voit d'ailleurs l'impossibilité d'obliger le titulaire conditionnel ou à souffrir une prescription qu'il ne peut empêcher, ou à faire les frais frustratoires d'une action d'interruption?

Notre solution n'a jamais fait l'objet d'un doute, ni en droit romain, ni pour nos anciens jurisconsultes, ni sous la législation actuelle.

7. Faisons cependant une remarque. Si la condition était potestative de la part du titulaire conditionnel, la prescription devrait commencer à courir immédiatement contre lui. Par exemple un individu vend une maison; mais il stipule que, s'il vient habiter la ville où elle se trouve, la vente sera résolue. Ne faudra-t-il pas, s'il reste trente ans sans accomplir la condition, déclarer la vente définitive et l'acheteur propriétaire pur et simple? De même en matière de succession, les cohéritiers ont sur les biens héréditaires des droits suspendus jusqu'à l'accomplissement du partage. Mais comme tous peuvent provoquer le partage, il n'y a aucun obstacle à ce que l'un d'eux prescrive au détriment des autres les biens de la succession.

Pour la vente à réméré, il faut faire une autre observation. La loi a fixé un délai *maximum* dans lequel la condition devrait être accomplie, faute de quoi elle serait défaillie. Ce délai étant inférieur à celui de la prescription, la question ne peut pas naître.

Digitized by Google

8. Pour terminer ce qui concerne les rapports du titulaire conditionnel avec le sujet passif de son droit, il faut maintenant supposer la condition accomplie. La prescription commencera-t-elle alors à courir au profit de ce sujet passif, qui est maintenant atteint par l'accomplissement de la condition, et qui est désormais exposé à une action en revendication, en résolution, ou à une poursuite hypothécaire? S'il reste en possession de l'immeuble sur lequel vient de s'asseoir le droit autrefois suspendu, pourra-t-il en acquérir de nouveau la propriété pleine et entière?

Une objection pourrait se présenter, au moins pour un certain nombre de cas. Quand un droit de propriété est frappé de résolution, celui qui avait ce droit est dès lors censé n'avoir été qu'un détenteur précaire. Or le vice de la possession résultant d'un titre précaire subsiste après que ce titre n'a plus d'effet, par exemple en ce qui concerne le fermier, l'usufruitier; et nul ne peut prescrire contre son titre, à moins d'interversion. (Art. 2236, 2237, 2240 C. Nap.) L'objection est facile à réfuter. Il n'y a pas ici de titre précaire; par l'effet de la résolution, il est censé n'y avoir jamais eu de titre. D'autre part, on peut prescrire contre son titre, en ce sens qu'on peut prescrire sa libération (art. 2241 C. Nap.). Or, en notre matière, il s'agit autant de se libérer d'une obligation que d'acquérir un droit de propriété. D'ailleurs enfin, le motif sur lequel s'appuyait la suspension de la prescription, savoir l'impossibilité d'agir, n'existe plus. La prescription doit donc avoir son cours.

Cependant la loi a un peu dévié de cette solution dans l'article 966 du Code Napoléon, emprunté à l'article 45 de l'ordonnance de 1731. Quand une donation est révoquée pour cause de survenance d'enfants, la loi fait courir la prescription contre l'action en revendication du donateur, non pas à partir de la naissance même de l'enfant qui a opéré la révocation, mais à partir de la naissance du dernier enfant du donateur. Elle prolonge donc la suspension au delà de ce qu'exigerait le principe de l'article 2257.

Ainsi, en règle générale, et sauf cette exception, le sujet passif du droit conditionnel peut prescrire contre le titulaire conditionnel, du jour où la condition est accomplie, soit qu'elle ait opéré de plein droit, soit qu'elle donne simplement ouverture à une action résolutoire. La durée de cette prescription

Digitized by Google

sera, en général, de trente ans, qui est le délai ordinaire. Du reste, elle sera encore soumise à toutes les causes d'interruption ou de suspension qui pourront se rencontrer.

Tout ce que nous disons, relativement au sujet passif du droit conditionnel, est applicable à ses successeurs universels.

9. II. *Rapports du titulaire conditionnel avec les ayants cause à titre particulier du sujet passif du droit conditionnel.* — Ici la question devient plus délicate. Les acquéreurs ou ayants cause à titre particulier du sujet passif du droit conditionnel (acheteurs, coéchangistes, adjudicataires, donataires, légataires, etc.), sont en même temps des tiers détenteurs, en ce sens qu'ils n'ont aucun lien personnel avec le titulaire conditionnel. Aussi la question s'est-elle jusqu'ici posée de façon à les confondre avec les autres tiers détenteurs. On s'est demandé : le titulaire conditionnel peut-il invoquer l'article 2257 contre les tiers détenteurs?

La question a été résolue négativement par la presque unanimité des auteurs. La jurisprudence a au contraire répondu affirmativement; et même, si les espèces qu'elle a jugées se rapportent à des ayants cause particuliers du sujet passif du droit conditionnel, ses motifs semblent généraux, et paraissent soumettre à la suspension tous les tiers détenteurs sans distinction.

Quant à nous, la solution de la jurisprudence nous semble devoir être adoptée sans hésitation en ce qui touche les *ayants cause à titre particulier* dont nous parlons en ce moment, et par conséquent toutes ses décisions sur la question sont pour nous irréprochables au fond, bien qu'elles puissent être trop étendues dans leurs motifs.

Que fait, en effet, celui qui acquiert une propriété soumise à une résolution conditionnelle entre les mains de son auteur? Il acquiert, ni plus ni moins, les droits qu'avait cet auteur. Il reçoit la chose *cum sua causa*, et par conséquent avec l'obligation de souffrir, le cas échéant, l'exercice du droit conditionnel. Cette obligation, toute personnelle qu'elle est, passe sur sa tête, parce qu'elle est attachée à son acquisition. Si en effet les obligations d'une personne ne peuvent pas atteindre les tiers, elles lient ses ayants cause même à titre particulier, quant à la chose pour laquelle ils lui succèdent (art. 1165, 1319, 1322 C. Nap.); elles suivent la chose dont

Digitized by Google

elles sont inséparables. Peu importe, du reste, que l'acquéreur ait une connaissance positive de la condition dont il est menacé : il remplace de plein droit son auteur quant aux avantages et aux charges de la propriété. L'action en reprise est une de ces actions personnelles qui suivent le possesseur, pour employer les expressions de Pothier.

L'action du titulaire conditionnel a donc le caractère *mixte* contre le tiers acquéreur aussi bien que contre son auteur ; elle suppose une créance, une obligation ; et par là, elle tombe sous l'application directe de l'article 2257. L'article 954 Code Napoléon, en cas de résolution d'une donation pour cause d'inexécution des conditions, donne positivement contre les tiers détenteurs (c'est-à-dire contre les acquéreurs du donataire), les *mêmes droits* que contre le donataire lui-même (cf. art. 930, 1664 C. Nap.). Nous n'invoquons pas ici l'article 966 : il est considéré comme exceptionnel, et il suspend la prescription même à l'encontre des tiers détenteurs qui ne sont pas les ayants cause du donataire dont le droit est résolu.

Si l'ayant cause du sujet passif du droit conditionnel succède aux dettes et charges de son auteur, il s'ensuit qu'il ne peut prescrire la libération du droit conditionnel avant que la condition soit arrivée. Ce qu'il a reçu au moment de son acquisition, ce n'est pas la possession *ad usucapionem* ; c'est à la fois plus et moins ; c'est la propriété elle-même, pour laquelle il n'a besoin d'aucune prescription, mais c'est une propriété résoluble. Il a un titre contre lequel il ne peut prescrire tant que ce titre subsiste. Il jouit légitimement, dans les limites de son droit, jusqu'à l'accomplissement de la condition. Comment donc pourrait-on l'empêcher de jouir ainsi ? Mais aussi, comment pourrait-il se fonder sur cette jouissance pour acquérir un droit plus étendu ?

Qui dit prescription, dit en effet usurpation, empiétement sur le droit d'autrui : les actes de pure faculté ne peuvent fonder la prescription (art. 2232, C. Nap.). Or, celui qui jouit en vertu du titre qui lui a été consenti par un propriétaire actuel, quoique sous condition résolutive, celui-là ne fait qu'user de son droit ; il n'empiète pas sur celui d'autrui ; personne ne saurait l'actionner utilement à ce sujet, pas même le titulaire conditionnel. On parle, il est vrai, pour le titulaire conditionnel, d'une *action d'interruption*, par laquelle il ferait

Digitized by Google

reconnaître son droit possible. Mais notre Code ne fait nulle mention de cette action d'interruption : l'imposer au titulaire conditionnel serait l'obliger à faire des frais frustratoires qu'il supporterait en définitive, puisqu'il n'aurait rien à reprocher à celui qu'il actionnerait. Cette action d'interruption a pu être utile comme expédient pratique à une époque où les droits réels, les hypothèques en particulier, étaient occultes, et où les tiers détenteurs pouvaient être exposés à mille embûches. Mais aujourd'hui que les hypothèques, les droits réels immobiliers sont rendus publics par l'inscription ou la transcription, aujourd'hui que l'action résolutoire du vendeur en particulier se conserve par les mêmes moyens de publicité que le privilége (art. 7, loi du 23 mars 1855), celui qui acquiert une propriété immobilière doit connaître les causes qui peuvent la lui enlever, et en subir les conséquences.

Il faut donc dire, en résumé, que le titulaire conditionnel est, jusqu'à l'événement de la condition, dans l'incapacité d'agir utilement contre les ayants cause du propriétaire actuel; il faut par suite, lui appliquer la règle : *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

Nous avons maintenant à répondre quelques mots aux objections faites contre cette doctrine.

L'article 2257, dit-on, ne s'applique qu'aux créances et non aux droits réels. — Mais nous avons montré qu'il y a une obligation attachée à tout droit résoluble par une condition, et que cette obligation se transmet avec la chose elle-même.

On dit encore : Si on admet la suspension, la propriété sera longtemps incertaine ; il y aura un obstacle au crédit et à la stabilité du droit des tiers. — Mais ce n'est pas directement à la suspension de la prescription qu'il faut s'en prendre, c'est à la conditionnalité même du droit : là est le mal véritable; et si les tiers sont dignes d'intérêt, ce n'est pas en tant qu'ils voudraient prescrire, c'est-à-dire usurper le droit d'autrui, c'est en tant qu'ils peuvent être trompés par l'existence cachée d'une cause de résolution.

On prétend de plus qu'il n'est pas exact d'appliquer la règle: *contra non valentem agere non currit præscriptio.* Car, dit-on, le titulaire conditionnel peut, *pendente conditione*, faire des actes conservatoires, aux termes de l'article 1180 Code Napoléon, et par conséquent agir en interruption. Cet argument

Digitized by Google

prouve trop, car il s'appliquerait aux créances comme aux droits réels; un créancier conditionnel peut, lui aussi, agir contre son débiteur en reconnaissance de son droit. Mais si la loi ne veut pas lui imposer des frais inutiles comme condition de la conservation de son action, il doit en être de même du titulaire d'un droit réel.

Enfin, on invoque l'article 2180-4°, relatif à la prescription de l'hypothèque : « Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit ; dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur. » Ce texte, dit-on, fixe le point de départ de la prescription de l'hypothèque en faveur des tiers; et il ne le retarde pas quand la créance est à terme ou conditionnelle. — Autant vaudrait dire qu'il exclut toutes les causes de suspension ou d'interruption de la prescription. L'article 2180-4° a pour but unique de fixer le point de départ de la prescription, mais non d'abroger les règles générales sur la suspension.

Toute la discussion ci-dessus est applicable, non-seulement aux acquéreurs immédiats du sujet passif de la condition, mais aussi aux acquéreurs de ces acquéreurs, et ainsi de suite : car ils sont tous ayants cause les uns des autres.

Dans le sens que nous soutenons, il a été jugé, et c'est une jurisprudence qui paraît maintenant fixée :

Qu'on peut réclamer les immeubles provenant d'une donation soumise à réduction entre les mains des acquéreurs des donataires, sans que ceux-ci puissent opposer aucune prescription antérieure à l'ouverture de la succession (Sirey, 25, 1, 141);

Qu'une personne donataire, sous la condition qu'elle survivra au donateur, a le droit de réclamer les biens donnés entre les mains des acquéreurs du donateur, et que la prescription contre cette réclamation ne peut courir qu'à compter du décès du donateur (Sirey, 46, 1, 482);

Que dans le cas où un échangiste est évincé de l'immeuble qu'il a reçu en échange, il peut, d'après l'article 1705 Code Napoléon, poursuivre le délaissement de l'immeuble qu'il a donné en contre-échange, même contre l'adjudicataire des biens du coéchangiste, et que la prescription ne saurait

Digitized by Google

courir au profit de cet adjudicataire que du jour de l'éviction (Sirey, 61, 1, 67);

Que la prescription de l'hypothèque ne commence à courir au profit du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué que du jour de l'exigibilité de la créance (Sirey, 56, 2, 299; 58, 1, 39)[1].

La doctrine contraire fait partir la prescription du jour du titre d'acquisition, et arrive à ce résultat que la prescription pourrait souvent être complétement achevée avant que la condition fût accomplie.

10. Une fois la condition accomplie, la prescription commencera à courir au profit du tiers acquéreur. Mais quel en sera le délai? Ce délai sera réglé conformément au droit commun. Il sera de dix à vingt ans, si à son titre d'acquisition l'acquéreur joint la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance du droit conditionnel; de trente ans s'il est de mauvaise foi. La bonne foi devra d'ailleurs se présumer.

Jusqu'à l'accomplissement de la condition, il n'y a pas à s'occuper des autres causes de suspension qui peuvent concourir avec celle que nous avons admise en faveur du titulaire conditionnel. Mais à partir de ce moment, ces autres causes de suspension pourront prolonger encore le délai; il pourra aussi y avoir lieu à des interruptions.

Il faut encore faire deux observations importantes :

L'article 966 fait exception aux règles ci-dessus, et il aggrave la position des tiers acquéreurs, en cas de révocation des donations pour cause de survenance d'enfants : 1° il donne toujours trente ans au donateur pour revendiquer les biens donnés; 2° il fait courir les trente ans du jour de la naissance de son dernier enfant.

Tout ce que nous avons dit de l'action qui peut être exercée contre les tiers acquéreurs ne s'applique qu'aux *immeubles*. Pour les *meubles*, il n'y a pas lieu à la prescription. En fait de meubles possession vaut titre (art. 2279 C. Nap.). L'action mobilière du titulaire conditionnel ne peut être poursuivie que

[1] Depuis la rédaction de cet article (1865), cette dernière solution a encore été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 12 juin 1866; et dans une note sur cet arrêt (Sirey, 67, 2, 33), M. Labbé indique la distinction que nous proposons nous-même; nous sommes heureux de nous rencontrer avec le savant professeur dans l'appréciation d'une question délicate.

Digitized by Google

contre le sujet passif du droit conditionnel, personnellement obligé à restituer la chose.

11. III. *Rapports du titulaire conditionnel avec les tiers détenteurs sans titre, ou munis d'un titre émané* A NON DOMINO. — Les solutions que nous allons proposer introduisent dans la question une distinction qui paraît n'avoir pas été faite jusqu'à présent, même par la jurisprudence à laquelle nous avons emprunté ci-dessus plusieurs décisions. Aussi ne les émettons-nous qu'avec une certaine défiance. Cependant elles nous paraissent conformes aux principes généraux et à l'organisation des droits conditionnels.

Nous admettons que le tiers détenteur sans titre ou en vertu d'un titre émané *à non domino*, peut prescrire *pendente conditione* même contre le titulaire conditionnel. Cette solution nous semble vraie, soit qu'on envisage la personne du possesseur ou celle du titulaire conditionnel.

Si on envisage la personne du possesseur, il n'est, ni par lui ni par ses auteurs, dans les liens de la condition. Il n'est pas tenu personnellement à restituer la chose ou à souffrir le droit conditionnel; il ne peut être poursuivi que comme détenteur. S'il prescrit, il ne prescrit pas sa libération d'une obligation envers telle personne déterminée; il prescrit d'une façon générale et absolue la propriété de la chose. La condition ne pèse pas sur lui; il n'est pas *obligé*, et par suite l'article 2257 Code Napoléon ne lui est pas applicable. Il usurpe; il possède sans droit; mais par cela même, il est exposé actuellement à une action; sa prescription peut être utilement interrompue, et relativement à lui, il n'est pas nécessaire d'établir une cause de suspension.

Si on envisage la personne du titulaire conditionnel, pourra-t-on lui appliquer la règle : *contra non valentem agere non currit præscriptio*? Non; car il peut agir à un double point de vue : 1° Le propriétaire actuel, le sujet passif du droit conditionnel, est l'ayant cause du titulaire conditionnel; il est son coïntéressé, son représentant quant à la chose; à lui appartient, dans l'intérêt commun, de poursuivre les tiers détenteurs. 2° Le titulaire conditionnel lui-même peut agir en son nom propre et exercer l'action d'interruption, d'après l'article 1180 Code Napoléon, à titre conservatoire. Pourquoi? parce qu'ici cette action ne sera pas frustratoire; il s'agira d'arrêter une

Digitized by Google

usurpation réelle, de faire respecter un droit violé. (Cependant cette dernière raison ne peut s'appliquer qu'aux droits conditionnels, et non pas aux simples droits éventuels, comme l'action en réduction des donations. Néanmoins, nous donnerions encore ici la même solution, parce que la première raison subsiste, et d'ailleurs on peut invoquer cette autre considération : les biens donnés, par le fait de la prescription accomplie contre le donataire, ne peuvent plus être considérés comme biens donnés; ils sont censés avoir péri et doivent être exclus de la réduction.)

Objectera-t-on à nos décisions qu'elles sont plus favorables à l'usurpateur qu'à celui qui a traité de bonne foi avec le propriétaire soumis à la résolution? Les principes de la prescription nous y conduisent. La loi elle-même a établi plus d'une fois de semblables inégalités par application de la règle : *melius est non habere titulum quam habere vitiosum.*

Nos décisions sont du reste en harmonie avec les textes du Code sainement interprétés (art. 930, 952, 954, 1664 C. Nap.). Un seul semble y échapper absolument : c'est l'article 966 qui, en faveur des révocations de donations pour survenance d'enfants, suspend la prescription contre les *ayants cause* du donataire et les *autres tiers détenteurs.* Il y aurait peut-être moyen de concilier ce texte avec notre système. Mais il vaut mieux admettre qu'il fait exception à la règle générale, à raison de la faveur attachée à la révocation pour survenance d'enfants.

12. Du moment que nous soumettons le titulaire conditionnel à la prescription vis-à-vis des tiers détenteurs sans titre, il y a lieu de se préoccuper des autres causes de suspension qu'il pourra invoquer pour le temps qui précède l'événement de la condition.

S'il y a une cause de suspension en la personne du titulaire conditionnel, comme minorité, interdiction, et qu'il n'y en ait pas en la personne du sujet passif du droit, le titulaire conditionnel pourra-t-il se prévaloir de cette cause de suspension à lui personnelle?

Oui évidemment; par l'effet de l'accomplissement de la condition, il sera censé avoir toujours été investi de son droit réel, et c'est contre lui que la prescription sera censée avoir couru : c'est donc en sa personne qu'il faudra considérer les

Digitized by Google

causes de suspension. (Exceptons pourtant l'action en réduction et autres analogues : cette action, bien que réagissant dans une certaine mesure sur le passé, n'a son origine qu'à l'ouverture de la succession; ce n'est qu'à ce moment qu'on peut commencer à considérer la personne de l'héritier réservataire.)

En sens inverse, s'il n'y a pas de cause de suspension en la personne du titulaire conditionnel, mais qu'il y en ait une, *pendente conditione,* en la personne du sujet passif du droit, pourra-t-elle être invoquée par le titulaire conditionnel, une fois son droit ouvert? Supposons, par exemple, une donation soumise à révocation pour cause d'inexécution des charges. Un des biens donnés est possédé par un tiers, qui l'a acquis *a non domino.* Le donataire est mineur, et par conséquent la prescription est suspendue en sa faveur. Plus de dix ans après que le tiers s'est mis en possession, il y a inexécution; le donateur agit en révocation; et il poursuit ce tiers détenteur : pourra-t-il invoquer contre lui la suspension dont le donataire aurait pu se prévaloir?

Pour la négative on peut dire : Par suite de l'accomplissement de la condition, par suite de la résolution, le titulaire conditionnel est censé avoir toujours eu un droit exclusif à la chose; le droit du propriétaire actuel s'efface rétroactivement. Donc la cause de suspension personnelle à ce dernier ne peut être invoquée. En ce sens, on peut invoquer la jurisprudence qui décide que la prescription extinctive des servitudes dues à un immeuble indivis entre un majeur et un mineur n'est pas suspendue pendant l'indivision, si par l'effet du partage l'immeuble est attribué au majeur (art. 883 C. Nap.). Or le partage produit l'effet d'une véritable résolution.

Cependant cette solution souffre des objections. En effet, avant l'événement de la condition, la propriété reposait provisoirement et *erga omnes* sur la tête du propriétaire sous condition résolutoire, du sujet passif du droit conditionnel ; il était le représentant de la chose vis-à-vis des tiers; c'était sa personne qu'il fallait considérer. Le titulaire conditionnel, en prenant sa place, ne doit-il pas profiter, dans une certaine mesure, des avantages acquis à la propriété? Jusqu'à l'accomplissement de la condition, le propriétaire sous condition résolutoire a eu les actions relatives à la chose, et l'effet

Digitized by Google

rétroactif ne saurait empêcher qu'il n'ait pu valablement opérer une interruption de prescription; pourquoi n'aurait-il pu aussi, par ses qualités personnelles, opérer une suspension? Ces objections nous semblent se fortifier encore, quand, comme dans notre hypothèse, la résolution ne s'opère pas de plein droit, mais à la suite d'une action en justice. Cette action, par laquelle le sujet passif du droit conditionnel est obligé de restituer la chose, ne comprend-elle pas la faculté d'invoquer contre les tiers tous les droits qu'il avait à cette chose (art. 1166)? On pourra donc invoquer de son chef la suspension de prescription.

Les questions que nous examinons en feraient naître beaucoup d'autres. Nous n'y insistons pas davantage : la solution principale d'où dépendent ces questions est elle-même incertaine; elles sont d'ailleurs plus théoriques que pratiques.

LÉOPOLD THÉZARD.

ÉTUDE SUR LA CADUCITÉ DU LEGS D'USUFRUIT

PAR RAPPORT AUX PERSONNES QUI DOIVENT EN PROFITER LORSQU'IL EXISTE UN LÉGATAIRE DE LA NUE PROPRIÉTÉ,

Par A. VAUGEOIS, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

(*Suite et fin* [1].)

Nous croyons, quant à nous, que l'article 611 et l'article 612 ont été faits précisément dans la pensée qu'il n'était pas possible de considérer un légataire en usufruit de totalité ou d'une quote-part des biens comme un légataire particulier, et de l'affranchir de toute contribution aux dettes. On a dispensé de toute dette le légataire en usufruit d'un objet particulier dans l'article 611, comme on l'a fait pour le légataire en pleine propriété d'un objet particulier dans l'article 1024. Mais quant au légataire en usufruit de la totalité ou d'une quote-part des biens, la loi a entendu, dans l'article 612, le charger de payer les intérêts des dettes de la succession, même non hypothé-

[1] V. *Revue*, t. XXXIII, p. 355.

Digitized by Google

caires, exactement comme un légataire universel ou à titre universel en pleine propriété est chargé des dettes en capital et intérêts. L'article 610, au reste, en obligeant le légataire de la totalité ou d'une quote-part des biens en usufruit, à acquitter les legs de rentes viagères ou pensions alimentaires, confirme tout à fait cette manière de voir. C'est-à-dire, en d'autres termes, que, à côté de la distinction des légataires en légataires universels, ou à titre universel, ou particuliers, consignée dans les articles 1002 et suivants, laquelle a été faite pour les legs de pleine propriété, la loi a établi, dans les articles 611 et 612, *votés, remarquons-le, après le titre des Donations* (9 pluviôse, an XII, alors que le titre des Donations avait été voté le 13 floréal précédent) une distinction parallèle pour les légataires en usufruit ou en nue propriété seulement. Les termes « *universel* », ou « *à titre universel* », ou « *particulier* », dont la loi se sert, d'une part dans les articles 1002 et suivants, d'autre part, dans les articles 611 et 612, sont si évidémment corrélatifs qu'ils suffiraient, à eux seuls, pour justifier notre interprétation; mais d'ailleurs, les observations du Tribunat sur l'article 612, et le discours de l'orateur de cette assemblée chargé d'émettre son vœu devant le Corps législatif la confirment entièrement (Fenet, t. XI, p. 200, 238 et 239). Il est bon de remarquer, d'ailleurs, que la dispense de toute contribution aux dettes, prononcée par les articles 1024 et 611 pour le légataire d'un objet particulier, soit en pleine propriété, soit en usufruit, *si considérable que soit le legs*, est une mesure assez sujette à critique au point de vue de l'équité, pour nous porter à penser que la loi n'a pas voulu étendre la même disposition au légataire de la totalité ou d'une quote-part des biens, même en usufruit seulement. — Dira-t-on maintenant, avec M. Demolombe, que le légataire *à titre universel* est un légataire *in universum jus*, REPRÉSENTANT DE LA PERSONNE DU TESTATEUR, et tenu personnellement des dettes de celui-ci, ce qui ne peut convenir à un légataire d'usufruit, qui n'a qu'un droit temporaire sur les biens? Nous répondrions que c'est précisément une question fort grave et fort débattue que celle de savoir si le légataire à titre universel représente la personne du testateur. Nous tenons, quant à nous, avec un très-grand nombre d'auteurs, et nous essayerions d'établir avec quelque développement, si ce n'était pas trop nous écarter de notre sujet,

Digitized by Google

qu'il n'en est pas ainsi, malgré la vocation aux biens *ut universa*. Ce qui suffit pour notre thèse actuelle, c'est qu'il serait inexplicable que la loi eût chargé le légataire en usufruit soit de la *totalité*, soit d'une *quote-part* des biens, du payement des intérêts des dettes, si elle avait entendu en faire un légataire particulier. Et précisément en rapprochant ceci, c'est-à-dire l'obligation de contribuer aux dettes pour les intérêts, qui incombe au légataire de totalité ou de quote-part des biens en usufruit, de la nature toute temporaire du droit d'usufruit, qui nous paraît, comme à M. Demolombe, incompatible avec la représentation, par le légataire en usufruit, de la personne du *de cujus*, nous en tirerions, nous, un argument qui a sa valeur, ce semble, pour prétendre non pas que, le caractère temporaire de l'usufruit s'opposant à la représentation par l'usufruitier, de la personne du défunt, un légataire en usufruit ne peut jamais être un légataire à titre universel ; mais bien au contraire, qu'on peut être soit en pleine propriété, soit en usufruit seulement, légataire *à titre universel* (qualité qui résulte, à proprement parler, de la vocation aux biens *ut universa*); et, par suite, se trouver tenu proportionnellement de la contribution, comme l'usufruitier de l'article 612, voire même de l'obligation aux dettes, comme le légataire en pleine propriété; sans pour cela représenter la personne du *de cujus*. Au reste, fallût-il admettre avec M. Demolombe que l'on ne peut être légataire *à titre universel* sans représenter la personne du *de cujus*, il ne nous paraitrait pas encore absolument irrationnel de voir dans le légataire en usufruit de totalité ou de quote-part des biens un représentant du défunt qui ne serait tenu que d'une classe de dettes, à savoir les intérêts, à raison de ce qu'il ne prend dans l'actif que des revenus; au contraire, il nous semblerait, nous le répétons, tout à fait inexplicable qu'on pût y voir un légataire particulier, c'est-à-dire *ne représentant pas* le testateur, et tenu pourtant d'une portion *quelconque* des dettes.

Ainsi donc, ce n'est point un légataire particulier que le légataire en usufruit de la totalité ou d'une quote-part des biens. Mais, d'un autre côté, nous avons déjà dit, et les observations précédentes démontrent que la qualification de légataire *à titre universel*, bien que plus exacte déjà, ne lui convient pas cependant d'une manière absolue. C'est que, en effet, d'un legs en usufruit, soit de la totalité, soit d'une quote-part

Digitized by Google

des biens, il est impossible de dire, en prenant les mots dans leur sens rigoureux, qu'il s'applique à une *quote-part des biens*, comme doit le faire un legs à titre universel dans l'acception de l'article 1010, c'est-à-dire à une quote-part en capital. Et à cet égard les considérations présentées par M. Demolombe (*loc. cit.*) nous paraissent fort exactes. Mais tout ce qu'il en résulte, à notre avis, c'est que le légataire en usufruit de tout ou d'une quote-part des biens est un légataire *à titre universel* SUI GENERIS ; ou plutôt, et pour conserver la terminologie de la loi, qui se comprend très-suffisamment, c'est un légataire soit *universel*, soit *à titre universel*, mais EN USUFRUIT ; étant observé que le légataire *universel en usufruit* n'est jamais, en comparaison du légataire universel en pleine propriété, qu'un légataire *à titre universel* SUI GENERIS. Nous croyons que cette formule est de nature à concilier tout à fait les deux opinions qui sont en présence sur le point dont il s'agit.

Et maintenant, si tout ce que nous avons dit du légataire *en usufruit* de la totalité ou d'une quote-part des biens est exact, il est évident que les mêmes raisons conduisent à décider, et même on peut dire *a fortiori*, que le légataire *en nue propriété* seulement de la totalité ou d'une quote-part des biens n'est pas, lui non plus, un légataire particulier : que c'est un légataire *universel* ou *à titre universel*, mais en *nue propriété seulement*, c'est-à-dire, même pour le cas où le legs en nue propriété comprend tous les biens, un légataire à *titre universel* SUI GENERIS, tenu du *capital* des dettes comme un légataire *en usufruit* de la totalité ou d'une quote-part des biens est tenu des intérêts, et comme un légataire de la totalité ou d'une quote-part des biens en pleine propriété est tenu du capital et des intérêts.

Au surplus, et quelque hésitation que l'on puisse conserver sur la qualité de légataire *à titre universel* ou de légataire *particulier* à attribuer au légataire en nue propriété de *tous les biens*, tout au moins nous considérons comme établi par la discussion à laquelle nous nous sommes livré au numéro précédent que ce légataire n'est en aucune façon un légataire universel, et plus généralement qu'un légataire en *nue propriété* même d'un objet particulier ne saurait jamais être considéré comme légataire *en pleine propriété;* et nous partons de

Digitized by Google

là pour en revenir à notre question d'attribution de l'usufruit objet du legs caduc qui doit désormais nous occuper exclusivement.

18. Et, en effet, le légataire en nue propriété de tous biens n'étant pas un légataire universel, ou, plus généralement, le légatataire en nue propriété ne pouvant être considéré comme un légataire en pleine propriété, il en résulte, pour peu qu'on se reporte aux observations que nous avons présentées ci-dessus (nos 11 et 12) que si le legs d'usufruit caduc doit être attribué au légataire de la nue propriété, ce ne sera pas du moins en vertu de la règle « *Manere a quo relictum est* », attendu qu'on ne peut dire du légataire de nue propriété qu'il aurait perdu quelque chose à concourir avec le légataire d'usufruit.

19. Cette même raison nous conduirait, bien entendu, si déjà, par d'autres motifs, nous n'eussions mis hors de cause les articles 1044 et 1045 C. Nap., à refuser toute application dans notre espèce, à la théorie de l'*accroissement*. C'est en quoi nous paraît d'autant plus sujette à critique la décision d'un arrêt de la Cour de cassation, chambre des requêtes, du 3 juin 1861 (Dalloz, 1861, 1, 327), que nous avons noté en commençant, et dont il nous reste quelques mots à dire avant de suivre sur un autre terrain l'argumentation des partisans du légataire de nue propriété. Cet arrêt a jugé que le legs d'usufruit caduc n'accroît pas au legs de nue propriété lorsque les deux legs ont été faits par deux dispositions distinctes et séparées; d'où il semble résulter, et voilà notre grief, que, dans la pensée de la Cour, il y aurait accroissement si l'usufruit avait été légué à l'un et la nue propriété à l'autre par une seule et même disposition. Il est vrai de dire, toutefois, que la Cour n'a pas eu à trancher la question *in terminis*.

Dans tous les cas, pour refuser (à bon droit, au fond) d'admettre l'accroissement dans l'espèce donc il s'occupe, l'arrêt s'attache bien mal à propos à cette circonstance que la nue propriété et l'usufruit avait été légués par des dispositions distinctes. Que deux legs soient l'objet d'une seule et même disposition ou de dispositions distinctes et séparées, peu importe pour déterminer si l'accroissement doit ou non avoir lieu. Ce qui importe, nous l'avons vu, c'est une conjonction *re et verbis* ou *re* tout au moins. La conjonction *re tantum* produit l'accroissement bien qu'elle s'exprime par des dispositions

Digitized by Google

distinctes; et la conjonction *verbis tantum* ne le produit pas, bien qu'elle se traduise par une seule et même disposition.

Pourtant Proudhon, comme nous l'avons indiqué plus haut, applique à la conjonction *verbis tantum* l'article 1045 C. Nap.; c'est-à-dire que dans le cas où les deux objets différents sont deux fractions d'une même chose, qu'il est d'ailleurs impossible de diviser sans détérioration, il veut qu'il y ait accroissement, mais pourvu que les deux legs aient été faits par une seule et même disposition (*Usufruit*, t. II, nos 554 et s.). Est-ce à cette théorie que l'arrêt dont nous parlons a voulu faire allusion, en refusant l'accroissement à raison de ce que les legs procédaient de dispositions distinctes, et en considérant d'ailleurs le legs de nue propriété et le legs d'usufruit comme deux legs de fractions différentes d'une même chose, ce qui serait déjà, nous le savons (n° 17), une erreur? Cela n'est pas probable, attendu que la théorie de Proudhon est, avec raison, universellement rejetée, en sorte que, si telle était la pensée de l'arrêt, il serait particulièrement incroyable (et il le serait d'ailleurs dans tous les cas), qu'il ne s'en fût pas expliqué. Ces observations démontrent suffisamment le peu de confiance qu'on doit accorder à la décision que nous rapportons.

Ricard faisait, au contraire, observer fort justement qu'entre deux légataires à l'un desquels la propriété est laissée, et à l'autre l'usufruit; « le droit d'accroissement n'y a point de lieu, *quand même le défunt leur aurait légué conjointement*, parce qu'en ce cas ils ne le peuvent être *que de paroles* (loi 26, § *si fundus*, Dig., *De usu et usufruct. legat.*) » (n° 525). Sa doctrine, du moins sur ce point, eût été plus exacte encore (disons-le pour résumer en un dernier mot nos explications sur cette matière), s'il eût ajouté qu'en toute hypothèse c'est non pas le droit d'accroissement qui peut être en question, mais la règle *manere* seule, qui d'ailleurs ne sert pas mieux la cause du légataire de nue-propriété.

20. B. En faveur du légataire de nue propriété, on a encore invoqué la *consolidation*; en prenant, bien entendu, ce mot dans son sens le plus large.

Le mot *consolidation* est employé en effet dans trois acceptions différentes :

1° On en fait usage d'abord toutes les fois que c'est la nue

Digitized by Google

propriété qui va à l'usufruit. C'est le sens le plus ordinaire (Demolombe, t. X, n° 683, — Mourlon, *Rép. écr.*, I, n° 1623).

2° Quand c'est l'usufruit qui va à la nue propriété, ceux qui admettent (et nous sommes du nombre, comme on l'a vu) que le retour du droit aux fruits entre les mains du nu-propriétaire peut être transmissif, disent qu'alors il y a consolidation en la personne du nu-propriétaire. (V. les auteurs cités au n° 16.)

3° Enfin, on se sert aussi du mot consolidation dans une acception bien plus étendue, pour indiquer l'*extinction* de l'usufruit, de quelque manière qu'elle se produise. C'est en ce sens que l'a pris ici la théorie que nous combattons et que l'employait notamment Ricard. C'est aussi en ce sens que nous le prendrons nous-même.

Ricard avait dit : « J'estime..... le légataire de la propriété « mieux fondé (que l'héritier), non pas en vertu du droit d'ac- « croissement..... Mais cet usufruit lui est acquis par le moyen « de la *consolidation* qui en est faite à sa propriété en consé- « quence de ce que celui auquel le testateur l'avait appliqué « se trouve incapable de le prendre, ou, quoi que ce soit, ne « le prend pas actuellement » (*loc. cit.*). Et Proudhon reproduit le même motif : « Le droit d'usufruit, dit-il, est un droit « de servitude personnelle imposée sur le fonds; par consé- « quent tout l'effet que doit produire l'extinction de l'usufruit « est de rendre le fonds libre entre les mains du légataire qui « en est propriétaire » (*loc. cit.*).

21. La raison de décider tirée de la *consolidation* ne nous semble pas plus admissible que les précédentes.

Il nous paraît tout d'abord évident qu'il n'y a pas à parler ici de consolidation proprement dite, c'est-à-dire par *extinction* de l'usufruit. Car l'usufruit n'a pu s'éteindre du chef du légataire d'usufruit, n'ayant pas commencé à exister dans la personne de ce dernier; et nous n'apercevons d'aucune autre part une cause d'*extinction* proprement dite. C'est donc d'une consolidation toute spéciale, *sui generis*, par suite d'un prétendu défaut d'usufruitier, qu'il s'agirait. La servitude personnelle *ne s'éteindrait pas*; elle aurait *manqué à naître*. Voilà le véritable terrain de nos adversaires. (Comp. Mourlon, *Rép. écr.*, t. II, n° 821.)

22. Nous sommes persuadé, au contraire, que l'usufruit *n'a pas manqué à naître* par suite de la caducité du legs d'usu-

Digitized by Google

fruit, et qu'il subsiste par conséquent, puisqu'il n'a subi encore aucune cause d'extinction.

Le legs caduc est comme s'il n'existait pas. La règle « *manere à quo relictum est* » n'est que la conséquence de cette pensée. Tout revient donc à déterminer très-précisément quelle était la portée du legs caduc, pour en conclure ce qui aurait eu lieu si le testateur ne l'avait pas fait, les autres legs, bien entendu, conservant leur valeur. Eh bien! justement, la portée spéciale et exclusive du legs d'usufruit en présence d'un autre legs de la nue propriété a-t-elle été de *créer* l'usufruit? De telle sorte qu'on pût dire que l'usufruit manquerait si le legs d'usufruit faisait défaut? Voilà la question. Et nous la résolvons négativement, persuadé que cette solution, en dépit des apparences, est rigoureusement et en quelque sorte mathématiquement exacte.

Analysons, en effet, ce qui a eu lieu.

Étudiant les faits, nous trouvons que le testateur a créé deux legs différents, celui de la nu-propriété et celui de l'usufruit, dont chacun implique nécessairement, et même formule, et dont un seul, n'importe lequel, aurait suffi pour impliquer et formuler la séparation de l'usufruit d'avec la nue propriété. Donc l'effet *distinct* et *particulier* de chacun d'eux n'a point été de *créer l'usufruit*, et lorsqu'on se demande ce que le legs d'usufruit a produit *de plus que ce qui eût existé si le legs de nue propriété avait été seul*, force est bien de reconnaître que c'est seulement l'*attribution de l'usufruit* au légataire désigné ; tout comme on peut dire du legs de nue propriété qu'il n'a rien produit de plus que ce qui eût existé si le legs d'usufruit eût été seul, si ce n'est l'*attribution de la nue propriété* au légataire désigné pour la recevoir.

En conséquence, ce qui n'eût pas existé sans le legs d'usufruit, et ce qui, par là même, a seul manqué par suite de la caducité, c'est non pas l'*usufruit*, mais l'*usufruitier désigné*. Il ne se peut pas que la caducité, qui frappe seulement le legs d'usufruit, atteigne une disposition qui existe indépendamment du legs d'usufruit, c'est-à-dire la création même de l'usufruit. Et qu'on ne dise pas que nous divisons deux choses indivisibles, savoir l'existence de l'usufruit et l'existence de l'usufruitier désigné par le testateur ! Que ces deux choses soient indivisibles dans l'intention du testateur, c'est

Digitized by Google

possible ; mais nous ne nous plaçons pas, pour le moment, à ce point de vue, et nous discuterons en son lieu la légitimité d'une présomption en ce sens de la volonté du testateur, alors que cette volonté n'a été nullement exprimée. La vérité est que, en fait, et en soi (et c'est là ce que nous examinons présentement) les deux choses n'ont rien d'indivisible; car un usufruit ne suppose pas nécessairement *tel usufruitier* plutôt que tel autre. Il importe de se garder d'une confusion à cet égard. Ce qui est vraiment indivisible c'est l'existence de l'*usufruit*, d'une part, et d'*un usufruitier quelconque* de l'autre, attendu qu'il ne peut pas se faire qu'un usufruit, c'est-à-dire un bien, qui d'ailleurs n'est pas devenu *res nullius*, puisse cependant n'appartenir à personne. Le droit romain paraît même avoir exigé que l'usufruitier fût une personne déterminée, et ne s'être pas contenté par exemple d'une hérédité usufruitière dans la personne d'un de ses esclaves (*Fragm. Vat.*, § 55). Mais notre droit français ne contient aucune disposition semblable, parce que chez nous il n'est précisément pas possible que l'usufruitier soit une personne indéterminée comme au cas prévu par le texte romain. La formule de notre droit est donc celle-ci : il faut qu'il y ait *un usufruitier*. Sans doute, mais ajoutons qu'il est, d'un autre côté, matériellement impossible qu'on rencontre jamais un usufruit sans usufruitier. Car il n'y a que deux façons de constituer un usufruit; ou bien le plein propriétaire détache de son patrimoine l'usufruit seulement, ce qui implique, il est vrai (puisque nous ne reconnaissons pas d'usufruit *causal*), la désignation d'un usufruitier; ou bien le plein propriétaire ne détache de son patrimoine que la nue propriété, ce qui, à l'inverse, ne nécessite pas la désignation d'un usufruitier, mais parce que le disposant garde nécessairement tout ce qu'il ne donne pas, et partant, l'usufruit. Et telle est précisément notre hypothèse; la caducité du legs d'usufruit ayant pour résultat que le testateur n'a, en fait, détaché de ses biens que la nue propriété, son héritier, qui le représente, se trouve tout naturellement avoir gardé l'usufruit. Encore un coup l'usufruitier ne manquera jamais. Et voilà bien pourquoi on ne saurait, à l'aide du prétexte qu'il y aurait un usufruit sans usufruitier, refuser de tenir compte de la séparation de l'usufruit d'avec la nue propriété, très-positivement opérée par le legs de nue propriété indépendamment du legs d'usufruit caduc.

Digitized by Google

23. Et nous insistons tout particulièrement sur le motif que nous venons de donner, à savoir que l'usufruitier ne manquera jamais. Car il nous paraît de nature à écarter péremptoirement une objection qui nous pourrait être adressée. S'il s'agissait, nous dira-t-on, d'une *servitude prédiale*, et non pas d'une *servitude personnelle*, comme l'usufruit, votre solution serait-elle la même? Supposons, par exemple, que la propriété du fonds A ait été léguée à *Primus*, à charge de subir un droit de servitude de passage au profit du fonds B, lequel droit de servitude est légué au propriétaire de ce dernier fonds, *Secundus*; et que le legs de servitude fait à *Secundus* devenant caduc, le fonds dominant, indiqué pour l'établissement de la servitude, se trouve faire défaut. Dans ce cas le fonds A ne devra-t-il pas être considéré comme légué en *pleine propriété* à *Primus?* Oui, sans doute. Eh bien pourtant on n'avait légué à *Primus* qu'un fonds grevé de servitude! Dès lors pourquoi la disparition de l'*usufruitier désigné* par le testateur (dans l'espèce qui fait l'objet de notre travail) laisserait-elle se créer l'usufruit, quand la disparition du *fonds dominant*, indiqué par le testateur, empêche de se créer la servitude prédiale? Est-ce que l'usufruit, servitude personnelle, est moins inhérent à la personne au profit de qui il est constitué, que la servitude prédiale n'est inhérente au fonds dominant indiqué pour en jouir?

24. L'objection serait infiniment plus spécieuse que concluante. Eh! oui, sans doute; l'usufruit est une servitude personnelle, et par suite inhérente à la personne au profit de qui elle est constituée; mais cela ne s'entend que d'un usufruit déjà recueilli. Car la personnalité de l'usufruit ne signifie pas autre chose que son intransmissibilité *aux héritiers* de l'usufruitier, intransmissibilité qui n'a elle-même d'autre raison d'être que la répugnance de la loi à prolonger la durée de ce démembrement de la propriété. Il est même à remarquer que si l'usufruit chez nous est resté comme chez les Romains intransmissible aux héritiers de l'usufruitier, il ne l'est pas resté à l'égard de toutes autres personnes, puisque l'article 595 permet de céder, non pas seulement l'exercice du droit d'usufruit, mais le droit lui-même ainsi que nous l'avons établi. Quoi qu'il en soit et tout au moins lorsqu'il s'agit, comme dans notre débat, de savoir *si l'usufruit va se constituer*, il n'y a

Digitized by Google

nullement à parler de la personnalité de l'usufruit pour en induire que l'usufruit ne peut se constituer qu'au profit de telle personne et non pas de telle autre, et qu'à défaut de la personne désignée par le testateur pour être usufruitière, l'usufruit ne pourra pas naître. La loi ne dit rien de semblable ; et il en est de même pour les servitudes prédiales. Si elles sont inhérentes au fonds, cela veut dire simplement que, une fois créées, elles suivent le fonds, abstraction faite de la personne des propriétaires ; mais la loi ne dit pas du tout qu'une servitude prédiale ne puisse être établie qu'au profit de tel fonds voisin, et non au profit de tel autre fonds également voisin. Sans doute, si le fonds dominant *indiqué* manque, la conséquence sera l'inexistence de la servitude prédiale. Mais pourquoi ? C'est que la servitude prédiale ne peut se passer d'un fonds dominant, et que, d'ailleurs, le testateur n'en a indiqué aucun autre que celui du propriétaire dont le legs est caduc. Or la loi ne peut matériellement pas suppléer cette indication. Mais, on ne saurait trop le remarquer, le cas de servitude prédiale est, en ceci, absolument différent du cas d'usufruit. Dans la première hypothèse, le testateur eût-il laissé des héritiers, on ne peut dire d'eux qu'ils ont, comme représentants de leur auteur, gardé, avec tout ce qu'il n'a point donné, le droit de servitude, car il ne suffit pas d'être l'héritier du testateur, il ne suffirait pas même d'être le testateur pour avoir le droit de servitude ; il faut être le propriétaire du fonds dominant, sans quoi l'établissement de la servitude est juridiquement impossible. L'*impossibilité* de la servitude au profit de qui que ce soit est ici, en d'autres termes, la raison de son inexistence, et conduit, parce qu'il faut tenir pour non écrites dans un testament les conditions impossibles (art. 900 C. Nap.) à attribuer la pleine propriété au légataire du fonds qui devait subir la servitude. Au contraire, l'usufruit, servitude *personnelle*, est étranger à l'idée d'un fonds dominant; pour qu'il existe, il ne faut qu'un usufruitier quelconque, et cet usufruitier qui serait le testateur lui-même, s'il n'avait légué que la nue propriété, sera tout naturellement son héritier à sa place, du moment que la caducité du legs d'usufruit crée l'état de choses qui eût existé si la nue propriété seule eût été léguée. La *possibilité* de l'usufruit est la raison qui le fait survivre au legs d'usufruit caduc. En résumé, cette différence qui existera entre une servitude prédiale, objet du

Digitized by Google

legs caduc, et l'usufruit dans les mêmes conditions, est, à analyser les choses de près, fort logique ; elle ne sera que la conséquence de ce que la caducité d'un legs revient à faire supposer qu'il n'a jamais été question de ce legs. Or si le legs de servitude prédiale n'avait pas été fait, quel serait le résultat? C'est que le fonds A, bien que légué à *Primus* à la charge de subir une servitude, se trouverait, par le fait, légué sans aucune charge, en raison de l'absence de toute désignation d'un fonds dominant, et par application, comme nous venons de le dire, de l'article 900 du Code Napoléon. Et si le legs d'usufruit n'avait pas été fait, quel serait le résultat? C'est que le legs de nue propriété aurait suffi pour constituer l'usufruit au profit de l'héritier du testateur. Eh bien! voilà ce qui arrivera au cas de caducité du legs d'usufruit!

25. En définitive, la prétendue consolidation qu'on veut établir ici par analogie avec ce qui se passerait si l'usufruit était réellement *éteint*, ne peut pas être admise.

26. L'erreur dans laquelle sont tombés, à notre sens, les jurisconsultes qui ont ici parlé de consolidation, se révèle notamment chez Ricard, avec une évidence qui autorise, même contre cet auteur, le reproche d'irréflexion. En effet, il cite en sa faveur deux arrêts, l'un des Grands Jours de Lyon de 1596 et l'autre (il n'indique pas de quelle juridiction) de février 1540. Or il est à remarquer que la consolidation, appliquée par ces documents, l'était dans des cas absolument étrangers à l'hypothèse de notre débat, très-bien posée pourtant par Ricard lui-même, hypothèse où le légataire d'usufruit *n'a pas recueilli son legs.* Dans les arrêts cités il s'agissait, au contraire, d'une véritable consolidation, c'est-à-dire d'une *extinction* de l'usufruit. On s'y trouvait dans le cas d'un usufruit déjà recueilli par le légataire, et qui, dès lors, pouvait prendre fin du chef de ce légataire. C'est ainsi que, dans l'arrêt de 1596, il est jugé, dit Ricard, « qu'un testateur ayant donné à son beau-frère les « fruits d'une terre jusqu'à ce que certains enfants, auxquels « il léguait la propriété, eussent atteint l'âge de vingt-cinq « ans; que le légataire des fruits étant décédé auparavant que « les légataires de la propriété eussent atteint l'âge prescrit « par le testateur, que l'usufruit ne laissait pas d'être conso- « lidé à la propriété dès l'instant du décès de ce légataire. » — Et l'espèce de l'arrêt de 1540 est analogue. Or nous ne

Digitized by Google

faisons aucune difficulté d'admettre nous-même, et encore aujourd'hui, ces solutions ; car il y a dans ces cas un usufruit qui *s'éteint*; sans doute il s'éteint avant le terme fixé par le testateur ; mais cela n'a rien que de parfaitement régulier, car l'usufruit, d'après sa nature juridique, n'étant pas transmissible aux héritiers de l'usufruitier, il est bien certain que la constitution d'un usufruit *à terme* implique seulement un *maximum* de durée imparti à cet usufruit, mais nullement pour cela la dérogation au principe de l'intransmissibilité. Dans ce cas il est vrai de dire que l'usufruit doit s'éteindre, *soit par l'expiration du temps fixé*, soit par la mort de l'usufruitier, ou, en général, une des autres causes d'extinction. (Voy. Demolombe, t. X, n° 680. — Mourlon, *Rép. écrit*, t. I, n° 1621.) Quoi qu'il en soit, il est sûr qu'il y a là un usufruit qui *prend fin*; or toute différente encore une fois est notre hypothèse, où il s'agit de savoir si la caducité du legs d'usufruit aura empêché l'usufruit de se constituer et quelles en seraient les conséquences.

— Nous croyons avoir écarté du débat l'idée de consolidation.

27. C. Nous avons maintenant à combattre un dernier argument produit en faveur du légataire du nue propriété. Il se tire de l'*intention présumée* du testateur; et il faut convenir que l'argumentation du système que nous combattons est peut-être plus spécieuse encore ici qu'elle ne l'a été jusqu'à présent.

C'est toujours Ricard, et c'est après lui Proudhon qui insistent le plus particulièrement sur ce point. « Le testateur, » dit Proudhon, « en léguant à l'un la propriété et à l'autre l'u- « sufruit, *a par là même voulu placer le plein domaine du fonds* « *hors de la succession déférée à son héritier*. Celui-ci est donc « sans titre pour profiter de l'extinction de l'usufruit. » (*Loc. cit.*) Nous ne nous attachons plus, bien entendu, à l'inexactitude de ces mots « *extinction de l'usufruit* » que nous avons démontrée, et nous ne prenons ici que l'argument tiré par Proudhon de la *volonté présumée* du testateur.

Ricard avait dit, lui aussi (en réfutant l'opinion de Valla qui tenait, comme nous, pour l'héritier, attendu que le legs d'usufruit caduc est à considérer comme s'il n'avait jamais existé) : « La raison de Valla ne m'émeut pas, parce qu'elle se- « rait, à la vérité, considérable, si le testateur avait simple- « ment disposé de la propriété, à la réserve de l'usufruit, sans

Digitized by Google

« faire application de cet usufruit à aucun autre légataire en « particulier; vu qu'en ce cas cette réserve serait censée faite « en faveur de l'héritier; mais le défunt *ayant témoigné le « dessein pour lequel il faisait cette rétention*, et nommé celui « en faveur duquel il en voulait disposer, si ce légataire d'usu- « fruit ne le prend pas, tant s'en faut que cela puisse préjudi- « cier au légataire de la propriété, que c'est ce qui donne lieu « à la consolidation de l'un avec l'autre par le manquement « de celui que le testateur avait voulu jouir de l'usufruit. » (*Loc. cit.*)

Ricard et Proudhon s'autorisent d'ailleurs tous les deux, en ce qui concerne la volonté présumée du testateur, de la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur*, sur laquelle nous reviendrons plus tard.

Eh bien! cette raison de décider, tirée de l'*intention présumée* du testateur, est-elle meilleure que celles que nous avons précédemment étudiées?

Nous ne le pensons pas.

28. Tout d'abord, n'oublions pas ce qu'est notre question réduite à ses véritables proportions. Nous n'examinons pas (et nous l'avons précisé en commençant) si cette circonstance à savoir qu'il existe un legs de nue propriété, placé à côté du legs d'usufruit, ne pourra pas, jointe à d'autres circonstances, à l'ensemble des faits au milieu desquels le legs d'usufruit a été créé, révéler la volonté, de la part du testateur, de faire profiter le légataire de nue propriété du legs d'usufruit caduc. Pas de difficulté, nous l'avons dit, si la volonté du testateur se trouve régulièrement révélée en ce sens. Elle devra être exécutée tout comme elle doit l'être en cas de substitution vulgaire. Mais, bien plus absolue est la conclusion du système que nous combattons, et le débat se pose, entre lui et nous, sur le point exact de savoir si ce *seul* fait, que le testateur a légué à l'un la nue propriété et à l'autre l'usufruit, suffit, *de plano* et dans toutes les hypothèses, sauf, bien entendu, la manifestation, par le testateur, d'une intention contraire, pour qu'on doive se prononcer en faveur du légataire de nue propriété, quant à l'attribution du profit du legs d'usufruit caduc, sinon en vertu des motifs juridiques que nous avons précédemment écartés, du moins en vertu d'une présomption en ce sens de la volonté du testateur?

Digitized by Google

29. Or à ceci notre réponse est : non, parce qu'il n'appartient qu'à la loi d'établir des présomptions obligatoires pour le juge, des présomptions dites *légales*, de ces présomptions qu'il faut tenir pour vraies lors même que, dans l'espèce, on a le sentiment et même la certitude qu'elles sont fausses. Ne dites pas que la présomption dont il s'agit ici pourrait être combattue par la preuve contraire en faveur de l'héritier. Sans doute; mais elle n'en dispenserait pas moins de toute preuve le légataire de nue propriété. En d'autres termes, ce serait là une présomption légale non pas absolue, assurément, non pas *juris et de jure*, mais enfin une présomption *légale*, c'est-à-dire souveraine en cas de doute. Or, de ces présomptions, la loi seule peut en créer, et celle-ci n'est écrite dans aucun texte.

30. Non-seulement la loi ne l'a pas édictée; mais devait-elle même l'édicter? Pour notre compte, nous comprenons à merveille qu'on ne l'ait pas fait, et la présomption légale dont il s'agit nous paraîtrait irrationnelle à deux points de vue différents :

1° Suppléer par une présomption légale à l'indication de la volonté du testateur, cela nous semble hors de propos dans une matière où, précisément, la volonté du testateur est toute-puissante. Si elle est toute-puissante, elle ne veut pas plus être suppléée que méconnue, attendu précisément qu'on risquerait de la méconnaître en la suppléant, à moins d'évidence, comme dans les cas où la règle « *manere à quo relictum* « *est*, » ou la théorie de l'accroissement trouvent leur application.

Et en effet, par cela seul que le testateur a légué à l'un la nue propriété et à l'autre l'usufruit, est-il donc démontré que le testateur eût légué au premier la pleine propriété si le second n'eût été là? Nullement. Des colégataires institués pour une même chose tout entière, par exemple (soit que l'objet total de chacun des deux legs soit identique, auquel cas il y a accroissement, dans les termes des art. 1044 et 1045 du Code Nap., soit que l'objet de l'un des deux legs se trouve compris en espèce ou en substance dans l'autre, plus considérable, ce qui, suivant nous, ne peut donner application qu'à la règle « *manere à quo relictum est* »,) on peut dire avec certitude que le testateur n'a préféré à chacun d'eux que ses colégataires. Eh

Digitized by Google

bien! peut-on dire qu'au légataire de nue propriété le testateur n'a préféré, pour l'usufruit, que le légataire d'usufruit qu'il a institué? Non. Qui nous dit que, à défaut de *Secundus*, qui ne recueille pas son legs d'usufruit, le testateur n'aurait pas légué à *Tertius* cet usufruit, s'il avait prévu la caducité? Ou même qui nous dit qu'il n'aurait pas laissé l'usufruit à l'héritier légitime? Est-ce que, par hasard, le testateur avait besoin de s'en expliquer, sous prétexte que la nue propriété appelle à elle l'usufruit? Une pareille argumentation, sans reproduire, il est vrai, dans la forme, l'idée de la consolidation, que nous avons déjà bannie de cette matière, l'y ramènerait au fond, et nous lui opposerons dès lors la réponse développée plus haut : la nue propriété ne rappelle à elle qu'un usufruit qui *s'éteint*. Le testateur le sait, ou (juridiquement) doit le savoir comme tout le monde; et présumer, dans le doute, *présumer toujours* (car telle est, ne le perdons de vue, la doctrine adverse) que le testateur qui ne s'est pas expliqué a pensé à la *consolidation* pour le cas de caducité du legs d'usufruit, laquelle caducité ne produit pas cependant *l'extinction* de l'usufruit; cela serait revenu à supposer *légalement* que le testateur ignore la loi, c'est-à-dire à se mettre en contradiction avec le principe que l'article 1er du Code Napoléon, en réglant le mode de publication des lois, a eu pour but d'organiser, de faire fonctionner : «*Nemo legem ignorare censetur.*» Nous n'entendons pas dire que le principe « *nemo legem ignorare censetur* » s'oppose à ce qu'il soit jamais tenu compte d'une erreur de droit, et nous sommes au contraire de ceux qui, dans l'interprétation de l'article 1110 du Code Napoléon, accordent à l'erreur de droit la même influence qu'à l'erreur de fait. Mais si l'erreur de droit nous paraît, quand elle a été commise, devoir être prise en considération dans des limites que nous n'avons pas à préciser ici, tout au moins est-il bien évident que le législateur ne saurait la présumer, à moins de se contredire lui-même. D'ailleurs, n'eût-il pas déposé implicitement le principe «*nemo legem...*» dans l'article 1er du Code Napoléon, nous dirions encore que, en droit comme en raison, l'erreur ne peut pas plus se présumer que la mauvaise foi. Cela étant, que voulez-vous que le testateur écrive dans son testament au cas où, par exemple, son intention est de laisser l'usufruit *à son héritier* si le légataire d'usufruit n'en

Digitized by Google

veut pas? Si le testateur sait (ou doit savoir) que la caducité du legs d'usufruit ne créera pas un cas de *consolidation*, ne sait-il pas, d'un autre côté (ou ne doit-il pas savoir), que le legs caduc étant comme s'il n'eût jamais existé, il ne restera plus, dès lors, qu'un legs de nue propriété, et que, par conséquent, l'usufruit appartiendra *ipso jure* à l'héritier? Et qu'enfin, pour qu'il en soit ainsi, lui, testateur, n'a qu'à se taire? Et vous voulez qu'il parle! Mais c'est attendre de lui, nous le répétons, une démarche absolument contradictoire avec sa situation légale!

Il est donc facile de trouver au testateur une volonté parfaitement et légalement raisonnable, et qui pourtant ne soit pas celle de réunir l'usufruit à la nue propriété, au cas de caducité du legs d'usufruit. Ce n'est pas le lieu, par conséquent, de présumer ce dernier dessein, au risque, nous le répétons, de dénaturer l'intention du testateur, dans une matière où la loi ramène tout au respect scrupuleux de cette intention.

2° A un second point de vue encore, nous trouverions irrationnelle et antijuridique la présomption légale dont il s'agit. Cette présomption reposerait, en effet, évidemment et uniquement sur la défaveur qui s'attache à la séparation de l'usufruit d'avec la nue propriété. C'est là le seul motif, à coup sûr, qui fait supposer à nos adversaires que si le testateur avait prévu la caducité, il n'aurait pas fait cette séparation. Notre réponse est que, alors, deux partis se seraient présentés à lui : ou bien donner la *pleine propriété* au légataire de nue propriété, ou bien supprimer le legs de nue propriété et laisser la pleine propriété à l'héritier. Qui nous dit que le testateur aurait pris le premier de ces deux partis plutôt que le second? Et, des deux intentions, laquelle doit être le plus juridiquement présumée? Lequel, de son héritier ou de son légataire de nue propriété, le testateur, prévoyant le cas de caducité, aurait-il le plus probablement sacrifié au désir si absolu, qu'on lui suppose, de ne pas séparer la nue propriété de l'usufruit? Le principe que les libéralités ne se présument pas, principe qui conduisait, dans l'ancien droit, et qui conduit encore aujourd'hui à interpréter en faveur de *l'héritier* le doute qui peut s'élever sur l'étendue d'une disposition testamentaire (voy. Demolombe, *Donations*, t. IV, n° 742), nous amènerait à répondre : Le légataire. D'autre

Digitized by Google

part, quand le testateur a déjà aliéné la nue propriété, la règle que les libéralités ne se présument pas, fondée, après tout, sur le *quod plerumque fit*, est-elle bien encore de mise en ce qui concerne l'usufruit? Cela peut sembler douteux, si l'on considère que souvent le testateur, s'il avait pensé à la caducité du legs d'usufruit, en aurait fait profiter le nu-propriétaire, déjà investi d'un démembrement considérable de la propriété, qui devra, d'ailleurs, l'absorber un jour tout entière. Donc, les principes du droit, appliqués ici à l'interprétation de la volonté du testateur, ne permettent de conclure qu'à l'incertitude sur cette volonté, aussi bien dans la doctrine qui suppose que le testateur aurait tenu, en cas de caducité du legs d'usufruit, à ne pas séparer la nue propriété de l'usufruit, que dans notre opinion, à nous, qui ne lui supposons pas nécessairement cette intention, nous bornant à dire que nous n'en savons rien.

Il y a plus. Si nous voulions, nous aussi, scruter les desseins *possibles* du testateur, et si nous émettions l'idée qu'il aurait voulu, en cas de caducité du legs d'usufruit, laisser l'usufruit distinct de la nue propriété, en ne sacrifiant ainsi ni le légataire, d'une part, ni, d'autre part, l'héritier ou les raisons quelconques qu'il a pu avoir lui, testateur, pour ne pas léguer la pleine propriété, ne serions-nous pas plus autorisés en ce sens que nos adversaires dans le leur, par cette circonstance que le testateur avait déjà séparé la nue propriété de l'usufruit entre les deux légataires qu'il avait institués? Et en effet, quand la doctrine adverse ne veut pas supposer que le testateur aurait voulu le démembrement de la propriété aussi bien en cas de caducité qu'en cas d'efficacité du legs d'usufruit, sous prétexte, sans doute (et, encore une fois, nous n'en apercevons pas d'autre), que les exceptions au droit commun, lequel répugne aux démembrements de la propriété, ne s'étendent pas, elle fait une très-fausse application de ce principe et le transporte bien au delà de son domaine. Il est bon pour trancher des questions de droit, et non pas des questions de fait. En d'autres termes, autre chose est interpréter, à l'aide de ce principe, l'intention *du législateur*; de fixer ainsi la limite de telle ou telle de ses prescriptions; cas auquel la solution cherchée étant absolue, est, par cela même, susceptible de dériver d'une règle; autre chose est appliquer le principe

Digitized by Google

de la restrictivité des exceptions à l'interprétation de la volonté d'*un testateur*, c'est-à-dire quand il s'agit, non plus d'un droit à reconnaître, mais bien de l'exercice qu'a pu vouloir faire d'un droit, légalement constant à son profit, le disposant, eu égard aux circonstances très-multiples dans lesquelles il a pu se trouver. Ici, la solution cherchée est essentiellement relative et contingente, et ne saurait, par conséquent, découler d'aucune règle. La volonté législative en comporte, la volonté du testateur n'en comporte pas. Il n'y a donc aucune analogie entre les deux situations, et c'est le cas de laisser la règle que les exceptions ne s'étendent pas dans la sphère qui lui est propre, celle de l'interprétation *de la loi*. Il n'y a, dès lors, aucune raison pour ne pas supposer que le testateur, plutôt que de sacrifier, soit son légataire de nue propriété, soit son héritier, au désir de réunir l'usufruit à la nue propriété, ce qui le mettrait en lutte avec des motifs également puissants de chaque côté, aurait, s'il avait prévu la caducité du legs d'usufruit, conservé au légataire de nue propriété son legs, et laissé l'usufruit à l'héritier.

31. Mais au surplus, qu'on le remarque bien, nous n'allons pas, quant à nous, jusqu'à cette supposition; ou du moins, si nous aboutissons au même résultat, ce n'est point que nous estimions que le testateur l'eût voulu, s'il avait prévu la caducité. C'est, au contraire, parce que nous ignorons absolument quels eussent été ses desseins, et que la loi, s'abstenant de toute autre présomption, répute le legs caduc purement et simplement non écrit, ce qui conduit à la formule « *Manere a quo relictum est*, » et à son application particulière, la théorie de l'*accroissement*, lesquelles n'ont rien ici de favorable au légataire de nue propriété. Au contraire, nous ne faisons qu'appliquer la règle « *Manere a quo relictum est* » au profit de l'héritier, parce que c'est l'héritier et non pas le légataire en nue propriété qui se trouve remplir les conditions nécessaires, et par nous définies plus haut, pour bénéficier de cette règle. Il est bien possible que ce résultat n'eût pas été voulu par le testateur, mais il faudrait établir qu'il en a voulu un autre; car, après tout, si la volonté du testateur peut changer l'ordre de succession établi par la loi, c'est quand cette volonté est suffisamment révélée. (Voy. les discussions au Cons. d'État sur les art. 1019 et 1021 C. Nap.

Digitized by Google

— Fenet, t. XII, p. 398.) La situation est la même, d'ailleurs, dans tous les cas où la règle « *Manere a quo relictum est* » s'applique, et quel que soit l'objet des deux legs différents, fussent-ils même des legs de pleine propriété; c'est-à-dire il est possible qu'on ne fasse pas ainsi ce que le testateur aurait fait. Mais toute règle a ses inconvénients, et puisque la nôtre est, d'ailleurs, certaine, force est bien de ne pas augmenter arbitrairement, en dehors de ses prescriptions, le legs de nue propriété.

32. Notre opinion était, nous l'avons dit, celle de Valla, cité et combattu par Ricard. Et nous ne pouvons que trouver bien insuffisante l'argumentation de ce dernier jurisconsulte. La raison de Valla, confesse-t-il (à savoir que le legs d'usufruit caduc est comme s'il n'existait pas), serait considérable, si le testateur n'avait fait qu'un legs de nue propriété. Eh! sans doute! ou plutôt la vérité est que la raison de Valla ne serait alors ni bonne ni mauvaise; elle ne se produirait pas, puisqu'il n'y aurait pas de question. Quant au cas débattu par Valla, et qui est le nôtre, où il y a eu à la fois legs de nue propriété à *Primus*, et legs d'usufruit à *Secundus*, Ricard se borne à dire que le défunt a « indiqué le dessein pour lequel « il faisait cette rétention (de l'usufruit), et nommé celui en « faveur duquel il en voulait disposer, si le légataire d'usu- « fruit ne le prenait pas. » Mais, on en conviendra, Ricard donne une impression pour une démonstration. Que la volonté du testateur lui ait paru ainsi suffisamment révélée en faveur du légataire de la nue propriété pour le cas où le legs d'usufruit deviendrait caduc (comme elle l'avait paru aux jurisconsultes romains), il faut le croire; mais nous ne sommes certes pas frappé de même, et nous espérons avoir prouvé qu'une pareille manière de voir aboutirait, dans l'interprétation de notre loi actuelle, à créer (fort mal à propos d'ailleurs) une présomption légale qui n'y existe pas.

33. D. Nous avons maintenant à nous expliquer sur l'influence qui peut être attribuée ou plutôt qui doit, suivant nous, être refusée, dans ce débat, à la législation romaine. On nous permettra d'y insister quelque peu, puisque notre question n'a guère été jusqu'ici étudiée qu'à l'aide des textes romains, et qu'elle a été décidée, grâce à eux surtout, contre la solution que nous venons de soutenir.

Digitized by Google

Mais tout d'abord, à quel point de vue devons-nous les envisager? On ne peut revendiquer d'influence, pour le droit romain, dans notre législation, qu'à deux titres, savoir : à titre de loi restée obligatoire pour nous, ou à titre d'élément de discussion purement doctrinal.

Or que le droit romain ne puisse être pour nous obligatoire dans l'espèce, c'est ce qui ne peut, ce semble, être contesté. On n'a point, en effet, à suppléer ici le Code Napoléon par les législations antérieures, abrogées en vertu de la loi du 30 ventôse an XII, article 7. Ces législations, on ne saurait trop le remarquer, n'ont pas force de loi chez nous sur chaque question particulière omise par le Code Napoléon. Il n'y faut recourir que sur les *matières* non réglées par la loi actuelle (art. 7 de la loi précitée); c'est-à-dire que lorsque la loi actuelle a réglé l'ensemble d'une matière, le droit romain ne conserve pour nous qu'une valeur assurément très-grande, mais, en définitive, simplement doctrinale (V. la discussion du Cons. d'État sur l'art 7 de la loi du 30 ventôse an XII; Fenet, t. I, p. 86 et suiv.). Cela posé, les règles de l'usufruit d'une part, et d'autre part la caducité des legs et ses suites forment des *matières* traitées par le Code Napoléon. Donc le droit romain n'y est pas obligatoire, et c'est alors seulement à titre d'autorité doctrinale que nous avons à l'examiner ici, absolument comme nous avons examiné les opinions des savants jurisconsultes modernes qui ont soutenu la thèse contraire à la nôtre. Trouverons-nous, dans les lois romaines, sujet de modifier les conclusions que nous avons tout à l'heure formulées? — Non. Bien au contraire, il suffira, en quelque sorte, de mettre en regard des développements qui précèdent, les solutions des textes romains, pour se convaincre que leur application à notre cas, proposée par la doctrine adverse, est contraire aussi bien à l'esprit qu'à la lettre du Code. Nous ne croyons pas même, disons-le dès maintenant que, ces solutions fussent d'accord avec les principes du droit romain.

On a relevé ou l'on peut relever principalement, à l'appui de la décision favorable au légataire en nue propriété, les textes suivants : L. 33, pr. Dig. *De usufructu*, VII, 1; — loi 6, § 1er Dig. *De usufructu adcrescendo*, VII, 2; — les §§ 78, 79, 82 et

Digitized by Google

86 des *Fragmenta vaticana*[1]; — la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuarius quemadmod. caveat*, VII, 9; — la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur*, VII, 6.

Ricard cite encore la loi 12, Cod., *De usufructu*, III, 83. Mais cette loi est tout à fait étrangère à notre hypothèse. Il y est question, comme dans les deux arrêts cités mal à propos par le même auteur, du cas, tout différent, où l'usufruit a déjà été recueilli par le légataire, et où cet usufruit, constitué à terme, vient à s'éteindre avant le terme fixé, parce que l'usufruitier décède lui-même. C'est donc un cas de *consolidation* véritable (*lato sensu*, bien entendu) (Voy. ce que nous avons dit plus haut, n° 20), dont nous n'avons pas, on le sait, à nous occuper.

Nous en dirons autant de la loi 35, Dig., *De usu et usufructu*, XXIII, 2, citée encore par le même auteur *à titre d'exception* au prétendu principe que le legs d'usufruit *caduc* se réunit à la nue propriété. Cette loi suppose un terme fixé par le testateur à l'usufruit, avec intention que ce terme soit observé, même si l'usufruitier décède auparavant. Et, dans ce cas, elle diffère la réunion à la nue propriété jusqu'à l'avénement du terme. Mais à supposer même que l'usufruit dût se réunir immédiatement, dans l'espèce, à la nue propriété, on voit qu'il s'agirait encore ici (puisque le legs d'usufruit aurait été recueilli), d'un cas de véritable consolidation, d'un cas *d'extinction*, à proprement parler, de l'usufruit. Laissons-le donc de côté.

35. Quant aux autres textes que nous avons mentionnés ci-dessus, on peut les diviser en deux catégories. Les uns se prononcent très-nettement, il est vrai, en faveur du légataire de nue propriété, mais ne donnent aucun motif. Telle est la loi 33, Dig., *De usufructu*, pr., qui porte : « Si Titio fructus, « Mævio proprietas legata sit, et vivo testatore Titius decedat. » (Voilà bien notre espèce,) » nihil apud scriptum heredem « relinquetur, et id Neratius quoque respondit. » Telle est aussi la loi 6, § 1er, Dig., *De usufructu accrescendo*. Cette dernière

[1] Aucun auteur, à notre connaissance, n'a cité les *Fragmenta Vaticana*. Cela tient évidemment à la date récente de leur découverte, postérieure aux écrits des jurisconsultes qui ont le plus touché notre question. Nous avons dû rendre à ces textes la place qui leur appartient dans notre discussion et contre nous,

Digitized by Google

loi suppose la nue propriété léguée à une personne (*cui*), soit à *Primus*, et une partie de l'usufruit à une autre (*mihi*), soit à *Secundus;* en sorte que l'autre partie de l'usufruit reste à l'héritier. On demande si, *Secundus* venant à manquer, ou bien l'héritier, il y aura accroissement de l'un à l'autre; et Ulpien répond : Non, soit que l'un ou l'autre fasse défaut. « Et verum « est ut, quisquis amiserit, ad proprietatem revertatur. » Le mot « *amiserit*, » qui, dans son sens rigoureusement exact, exprime la perte d'un objet qu'on avait (et d'ailleurs ce mot « *amittere* » est souvent appliqué précisément à l'usufruit, dans cette acception; cpr. *Fragmenta Vatic.*, §§ 61, 62, 63, 64, 83, etc., etc.), pourrait faire supposer qu'il s'agit là d'une consolidation proprement dite, c'est-à-dire de la réunion à la nue propriété, par voie *d'extinction* véritable, de l'usufruit préalablement recueilli. Et, dans ce cas, nous serions, en droit français, tout à fait d'accord avec la loi romaine, et nous donnerions la même solution, même s'il s'agissait de deux *légataires conjoints* en usufruit; car, sous le Code Napoléon, l'accroissement n'a pas lieu, à notre avis du moins (et nous aurons plus loin l'occasion de l'établir), du moment que l'usufruit a été recueilli. Mais le texte nous paraît, malgré l'expression « *amiserit*, » se rapporter aussi bien au cas où l'usufruit *n'aurait pas pris naissance*, soit dans la personne du légataire pour partie, soit dans la personne de l'héritier; car, indépendamment de ce que le mot « *amittere* » paraît aussi avoir été employé en pareille hypothèse (voy. *Fragmenta Vatic.*, § 85, 2e phrase, *in fine*), le texte demande, non pas *si la perte de sa part d'usufruit* (une fois recueilli), par le légataire ou par l'héritier, donnera lieu à accroissement de l'un à l'autre, mais, d'une manière générale, *s'il y aura lieu à accroissement* (quelle qu'en soit l'occasion) : « An inter me et heredem jus accres- « cendi versetur? » Or, l'accroissement se produisait, à Rome, quand il s'agissait de l'usufruit, dans les deux cas (loi 1, § 3, Dig., *De usufructu accrescendo*, VII, 2), c'est-à-dire soit pour un usufruit recueilli déjà et venant à s'éteindre, soit pour un usufruit non encore recueilli, et les deux cas sont volontiers rapprochés par les jurisconsultes lorsqu'ils posent la question de savoir si telle ou telle conjonction existant, il y a ou non lieu à l'accroissement : « *Repudiante* vel « *amittente* usumfructum, » disent notamment les *Frag-*

Digitized by Google

menta Vaticana, § 75. — Eh bien! donc le texte demande « s'il y a accroissement » entre le légataire d'une partie de l'usufruit, et l'héritier titulaire de l'autre partie. Et Ulpien répond négativement. Il suffit, pour approuver cette solution, de considérer qu'il n'y a pas ici deux bénéficiaires *conjoints* de l'usufruit, puisque le testateur a fait la part de chacun. Jusqu'ici, nous n'avons rien à contredire dans le texte cité. Mais de ce qu'il n'y a pas accroissement, s'ensuit-il qu'il fallait décider dans le sens de la réunion à la nue propriété, en sorte que, si c'est le légataire d'usufruit qui ne recueille pas son legs, l'héritier n'ait point à prétendre à la part d'usufruit du légataire défaillant? La loi que nous étudions l'a prononcé ainsi; et c'est en cela qu'elle nous est contraire, tout comme la loi 33, Dig., *De usufructu*, § pr., citée plus haut. Suivant nous, le légataire d'usufruit n'ayant point recueilli sa part, l'héritier devait la prendre, non en vertu du *droit d'accroissement*, mais simplement parce que l'usufruit est comme s'il n'avait jamais été légué. Telle eût été, à notre avis, la solution conforme aux principes, même en droit romain, c'est-à-dire à la règle « *Manere a quo relictum est.* » Pourquoi notre texte décide-t-il autrement? C'est ce qu'il n'indique pas plus que la loi 33, Dig., *De usufructu.*

Nous conjecturons pourtant que les textes que nous venons de citer ont entendu qu'il s'opérait, au profit du légataire de nue propriété, un véritable *accroissement.* Remarquons d'abord que la loi 6, § 1er, Dig., *De usufructu adcrescendo*, assimile (très-rationnellement, du reste, car la situation est la même, en ce sens que l'usufruit n'a été légué à personne) le cas où le légataire de nue propriété est en présence d'un héritier et celui qui est spécialement prévu par la loi 33, Dig., *De usufructu*, où le légataire de nue propriété est en présence d'un légataire d'usufruit. Or l'idée qu'il s'opère un *accroissement* au profit du légataire de nue propriété par suite de l'abstention des héritiers, quant à l'usufruit, nous semble se dégager, comme nous allons l'expliquer dans un instant, des termes des §§ 78, 79 et 82 combinés des *Fragmenta Vaticana.* On peut, de plus, induire de ces textes que telle était la pensée des jurisconsultes *Julien*, à qui précisément a été empruntée la loi 6, § 1, Dig., *De usufructu adcrescendo*, et *Neratius*, invoqué par la loi 33, Dig., *De usufructu.* Quoi qu'il en soit,

Digitized by Google

il est vrai de dire que ces deux dernières lois ne donnent pas leurs motifs de décision.

36. Viennent enfin les textes qui déduisent leurs raisons. Or elles ne sont autres que celles que nous avons vues invoquées par la doctrine et la jurisprudence modernes. Nous relevons, avons nous dit tout à l'heure, comme favorables à l'idée d'un *accroissement* en la personne du légataire de nue propriété les §§ 78, 79 et 82 combinés des *Fragmenta Vaticana.* Nous avons indiqué déjà que si ces paragraphes ne mettent pas en présence un légataire de nue propriété et un légataire d'usufruit, ils résolvent une hypothèse exactement identique. Supposant, en effet, un légataire de nue propriété et deux héritiers institués, et, par suite, appelés à l'usufruit, ces textes, attendu qu'il n'y a pas eu, disent-ils, *concursus* entre les héritiers, motif que nous n'avons point à apprécier ici, nient qu'il y ait *accroissement* de l'un des héritiers à l'autre (§§ 78 et 79); et dès lors, encore bien que l'usufruit n'ait fait l'objet d'aucun legs, ils attribuent au légataire de nue propriété (§ 82, *in pr.* et *in fine*, rapproché des §§ 78 et 79) non-seulement l'usufruit qui s'éteint en la personne d'un des héritiers qui l'avait recueilli (solution jusquici fort exacte en droit romain comme en droit français), mais encore (car ils ne font aucune distinction) l'usufruit qui n'a pas pris naissance dans la personne d'un des héritiers. Et cette attribution, à moins qu'il ne faille pas prendre dans leur sens technique les expressions du § 82 : « *An altero defuncto ususfructus proprietati* ADCRESCAT, » ce qui nous paraîtrait contraire à toute apparence, le texte la fait, nous le répétons, à titre d'accroissement.

Les jurisconsultes romains semblent même avoir vu un *accroissement* en faveur du nu-propriétaire, dans l'extinction proprement dite de l'usufruit. Les textes que nous venons d'analyser impliquent déjà cette donnée. Mais elle ressort plus nettement encore du § 86 des mêmes *Fragmenta Vaticana.* Ce paragraphe nous présente des héritiers profitant, *à raison de ce qu'ils ont la nue propriété,* de l'usufruit éteint dans la personne de la légataire, leur mère. Ils le recueillent alors, nous dit-on, non pas sans doute *jure adcrescendi,* mais *jure dominii;* et néanmoins le texte se sert du terme *adcrescere* pour exprimer le fait juridique qui s'opère, soit au profit des héritiers, s'ils ont conservé la nue propriété, soit, dans le cas contraire,

Digitized by Google

au profit du nu-propriétaire : « ... *Jure dominii si fundus eorum est, ipsis adcrescit sin minus domino proprietatis.* »

Pour nous, nous avons complétement, ce nous semble, écarté la possibilité, en droit français d'une application en faveur du légataire de nue propriété, soit de la règle « *Manere a quo relictum est,* » soit particulièrement de l'*accroissement*, toutes les fois que l'usufruit a été légué à l'un et la nue propriété à l'autre, ou plus généralement toutes les fois que l'usufruit a été séparé de la nue propriété. Or les textes des *Fragmenta Vaticana*, que nous venons de relever, ne produisant aucun argument qui ne tombe sous le coup de nos observations antérieures, il nous suffit de nous référer à celles-ci. Malgré ces textes, au surplus, l'idée de l'accroissement, dans notre hypothèse, nous paraît aussi peu en harmonie avec les principes de la législation romaine qu'avec ceux de la nôtre, puisque c'est aux Romains que nous avons pris la règle « *Manere a quo relictum est* » que nons nous refusons à reconnaître applicable ici

37. Nous retrouvons le motif tiré d'une prétendue *consolidation* dans la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuarius quemadm. caveat,* et le motif tiré de la *volonté présumée* du testateur dans la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur.* Sans insister beaucoup sur ces deux textes, qui nous paraissent également réfutés d'avance par les considérations présentées plus haut, il ne nous semble pas cependant inutile d'en dire un mot, surtout du premier.

Parmi les soutiens de la doctrine que nous attaquons, et qui ont parlé de consolidation, aucun n'a cité cette loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuarius quemamod. caveat,* et pourtant elle est fort spécieuse. Tandis, en effet, que la loi 12, au Code, *De usufructu,* et la loi 35, Dig., *De usu et usufructu,* visent le cas d'un usufruit qui prend fin, c'est-à-dire un cas de consolidation proprement dite, étranger à notre hypothèse de *caducité* du legs d'usufruit, au contraire, avec la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuarius quemadm. caveat,* il n'y a pas d'équivoque possible. Elle parle bien, elle, d'un usufruit non recueilli par le légataire, et donnant pourtant naissance à la consolidation du chef de ce légataire : « *Desinere* perti-
« nere usumfructum accipiemus, *etiamsi nec cœperit pertinere*
« *quamvis legatus sit ;* et committetur nihilominus stipulatio
« (la caution due par l'usufruitier) quasi desinat pertinere

Digitized by Google

« quod nec cœpit. » (Ulpien.) Voilà le texte que l'on aurait pu ne point s'étonner, du moins au premier abord, de voir produit par les partisans du légataire de nue propriété. Et toutefois, nous nous expliquons très-bien, en définitive, qu'ils ne l'aient pas invoqué. Tout d'abord, et puisque nous n'avons à examiner les lois romaines qu'eu égard à leur valeur purement doctrinale, il est clair que le texte dont nous parlons ne saurait, en doctrine, prévaloir contre les motifs que nous avons déjà donnés pour écarter, dans notre législation, la prétendue consolidation qu'il semble consacrer. Rappelons, on ne saurait trop y insister, que pour admettre cette consolidation *sui generis* par suite du défaut de l'usufruitier qui avait été désigné, il faudrait que le défaut de cet usufruitier eût empêché l'usufruit de prendre naissance. Nous savons, au contraire, que, malgré le défaut de cet usufruitier, et attendu qu'il ne peut pas ne pas en exister un autre, qui vient prendre sa place, l'usufruit *a été constitué* par la seule vertu du legs de nue propriété, et subsiste comme cette disposition elle-même, du moment qu'il n'est éteint ni du chef du légataire qui devait le recueillir et qui ne l'a pas recueilli, ni du chef de qui ce soit. Voilà qui serait suffisant pour refuser à la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuar. quemadm. caveat*, toute influence même doctrinale, en droit français. Mais nous allons plus loin, et nous estimons que ce texte était des moins concluants, même en droit romain. C'est, en effet, uniquement au point de vue de la caution à fournir par l'usufruitier que ce texte considère comme éteint par consolidation, du fait du légataire, un usufruit qui n'a pas même été recueilli par le légataire. La loi dont nous parlons n'exprime rien de plus, et il faudrait se garder de généraliser; car on conviendra qu'il s'agit ici tout au moins d'une consolidation bien exceptionnelle, et nous pouvons dire tout aussi injustifiable en droit romain qu'en droit français, puisque les principes, en ce qui concerne les conditions voulues pour la création de l'usufruit, sont les mêmes dans les deux législations.

Il faut d'autant moins généraliser, au surplus, que nous avons un texte, c'est-à-dire la loi 96, pr., Dig., *De condition. et demonstrationibus*, § XXXV, 1, qui, dans une autre hypothèse où la même question se présente, émet une solution directement contraire. Il s'agit, dans cette dernière loi, d'un

Digitized by Google

esclave légué en usufruit avec cette clause, à savoir qu'il aura la liberté lors de l'extinction de l'usufruit du chef du légataire. Or, le texte considère cette clause comme inexécutable, si le legs d'usufruit n'a pas été recueilli par le lé« gataire : « Desisse non videtur, » dit Paul, « quod nec « ncipit. »

Et il faut remarquer que cette seconde proposition, si radicalement opposée à celle de la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuar. quemadm. caveat,* est en même temps en parfait accord avec un très-grand nombre d'autres textes : la loi 208, Dig., *De regulis juris,* L. 17, par exemple : « Non potest videri desisse « habere qui nunquam habuit. » (Paul.) — Comp. dans le même sens, loi 83, *ibid.* (Papinien); — loi 174, § 1er, *ibid.* (Paul); — lois 4 et 13, pr., Dig., *De acquirenda vel omittenda hereditate,* XXIX, 2 (Ulpien); — loi 18, *ibid.* (Paul); — loi 13, Dig., *De suis et legitimis heredibus,* XXXVIII, 16 (Gaïus); — loi 116, Dig,, *De verbor. obligationibus,* XLV, 1 (Papinien); loi 19, Dig., *Quemadmod. servitutes amittuntur,* VIII, 6 (Pomponius). Nous ne serions pas éloigné de penser, en présence de ces documents, que, même au point de vue spécial qu'elle envisageait, c'est-à-dire la caution à fournir par le légataire d'usufruit, la loi 3, § 1er, Dig., *Usufructuar. quemadm. caveat,* émettait, en droit romain, une solution des plus douteuses, et par conséquent y était dépourvue d'autorité.

38. Le dernier texte dont nous avons à parler est la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur,* qui émet l'argument tiré de la *volonté présumée* du testateur. La loi suppose que la nue propriété a été léguée purement et simplement à *Titius,* et l'usufruit, mais seulement sous condition, à *Sempronius.* Et elle décide que, bien qu'en principe un legs de nue propriété laisse l'usufruit à l'héritier, cependant ce ne sera pas ici l'héritier qui le gardera *pendente conditione;* que ce sera le légataire de la nue propriété, parce que le testateur, en léguant à l'un la nue propriété, et à l'autre l'usufruit, montre par là suffisamment qu'il a voulu enlever l'usufruit à l'héritier : « Non hoc agit ut apud heredem usus fructus remaneat. » C'est, comme on voit, la raison donnée par Ricard, qui l'avait, au surplus, recueillie dans le fragment du Digeste que nous citons. Or n'avons-nous pas déjà prouvé que cette raison, non-seulement est en soi (tant au point de vue rationnel qu'au point de vue d'une interprétation des intentions du tes-

Digitized by Google

tateur conforme aux règles du droit), fort contestable, mais qu'en tout cas elle aboutit à créer une présomption légale étrangère aux textes français; ce qui suffit pour que toute influence doctrinale soit déniée à la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur*, dans notre question, aussi bien qu'aux autres textes romains précédemment cités.

39. Toute influence doctrinale, disons-nous; car, ne l'oublions pas, il ne peut être question chez nous, en matière de caducité des legs et de ses conséquences, d'un caractère obligatoire pour la législation romaine. Et nous revenons sur cette observation, parce que si les développements que nous avons dû présenter sur le caractère des présomptions légales en étudiant notre question, suivant le droit français, nous avaient déjà mis en mesure, le texte romain que nous avons cité en dernier lieu nous fournit l'occasion de la compléter. Nous ajouterons, en effet, que le droit romain, *quelque obligatoire qu'il eût pu rester pour nous*, si le législateur eût gardé le silence sur la matière de la caducité des legs et de ses conséquences, serait cependant impuissant à créer dans notre loi une présomption légale non écrite dans un texte français. S'il est de règle que ces présomptions doivent être expressément formulées par le législateur, nous ne saurions admettre (et personne n'admet, à notre connaissance), qu'elles puissent être autorisées dans notre droit par une sorte de renvoi tacite et général aux législations qui ont précédé le Code. Une pareille idée serait évidemment contradictoire avec la nature tout *exceptionnelle* des présomptions légales; et si le législateur doit s'être expliqué pour qu'elles existent, ce qui est de principe indiscutable, cela s'entend évidemment du législateur français lui-même; le bon sens l'indique.

Remarquons enfin que cette dernière considération prend encore plus de force quand une présomption légale, comme celle dont s'agit dans la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur*, non-seulement n'est écrite dans aucun texte français, mais encore se trouve en opposition avec les principes de notre législation. Il est clair qu'en toute circonstance les textes romains doivent être pour nous comme non avenus, lorsqu'ils se trouvent en désaccord avec nos lois, celles-ci nous vinssent-elles du droit romain, comme le principe « *Manere a quo relictum est,* » avec lequel la loi 4, Dig., *Si ususfructus petatur*, nous paraît avoir formé une antinomie évidente.

Digitized by Google

40. Qu'il nous soit permis, au reste, d'emprunter à notre matière même de la caducité des legs un exemple frappant du danger qu'il pourrait y avoir à trop s'attacher aux doctrines de la législation romaine en ce qui touche la dévolution d'un usufruit légué.

C'est une question débattue encore aujourd'hui que celle de savoir si, dans les legs d'usufruit faits conjointement, il y a lieu à accroissement entre colégataires lorsque l'un d'eux a recueilli son legs, et vient cependant à perdre l'usufruit par décès ou autrement. Nous avons eu l'occasion plus haut (n° 35), de constater qu'à Rome l'accroissement avait lieu dans ce cas (loi 1, § 3, Dig., *De usufructu accrescendo*). Or un parti très-considérable tient pour la même solution sous l'empire du Code Napoléon ; par la raison, dit-il, que l'obstacle qui a empêché l'un des légataires d'avoir tout l'usufruit au décès du testateur, c'est-à-dire le concours avec son colégataire, n'est pas perpétuel, comme lorsqu'il s'agit de pleine propriété. Le concours, lorsqu'il s'agit soit de pleine propriété, soit d'usufruit, fait que chacun des légataires n'a qu'une partie de ce qu'il devait avoir ; mais s'il s'agit de pleine propriété, la part une fois recueillie par chaque colégataire lui est acquise tout entière et pour toujours ; s'il s'agit, au contraire, d'usufruit, la maxime « *Usus fructus quotidie constituitur et legatur* » (loi 1, § 3, Dig., *De usufructu accrescendo*. — *Fragm. Vatic.*, § 77), fait que chaque légataire apportionné n'a gagné que ce qu'il a pu percevoir des fruits jusqu'à sa mort ; en sorte que le surplus doit se réunir à la part des légataires survivants, qui avaient, eux aussi, vocation à tout l'usufruit.

Mais d'autres jurisconsultes répondent avec une grande raison, suivant nous, que la maxime « *Ususfructus quotidie constituitur et legatur*, » n'est plus exacte aujourd'hui. Il est même très-contestable qu'elle fût la véritable expression de la jurisprudence romaine (comp. M. Machelard : *De l'accroissement entre les hérit. testam. et les colégat.*, p. 244 et 245, et *Fragm. Vatic.*, § 59). Quant à son application dans notre droit actuel, M. Demolombe la nie avec autant de précision que de force. « Il est certain, dit-il, que tous ces articles (1039 à 1045, « C. Nap.) sont communs aux legs d'usufruit et aux legs de « propriété. Il en résulte que le droit d'accroissement s'éva- « nouit dans les uns comme dans les autres lorsqu'il n'y a pas

Digitized by Google

« caducité, c'est-à-dire lorsqu'une fois chacun des colégataires « a recueilli sa part.... C'est en vain que, pour échapper à cet « argument, on veut établir une distinction théorique entre le « legs de propriété et les legs d'usufruit. Comment! l'usufruit « ne consiste qu'en jouissance, et son utilité ne s'acquiert que « successivement! Mais c'est transporter dans notre droit une « maxime toute romaine : « *Ususfructus quotidie constituitur « legatur!* » « Chez nous, l'usufruit EST LE DROIT DE JOUIR DE LA « CHOSE (art. 578), *et il s'acquiert, comme le droit de propriété, « au moment de l'ouverture du legs. D'où il suit que, du mo- « ment où le legs s'est ouvert au profit de chacun des coléga- « taires, il y a eu désormais autant de droits d'usufruit distincts « qu'il y a eu de légataires acceptants!* On se récrie que, pour- « tant, le testateur a légué à chacun d'eux l'usufruit de la chose « entière! Oui, sans doute; comme il a légué la propriété de « la chose entière à chacun d'eux lorsque le legs est de la pro- « priété; ce qui n'empêche pas que, du jour où chacun d'eux « a recueilli, il s'est fait autant de legs distincts de propriété, « qu'il y a eu de légataires. Tel nous paraît devoir être aussi, « en règle générale, le sort des legs d'usufruit faits conjointe- « ment. » (*Donations,* t. V, n° 389.)

—Et cela est, à notre avis, fort exact.—« En cas de concours, » dit également M. Machelard, « le défunt a voulu *deux usufruits;* « car il a voulu un partage avec ses conséquences, et l'effet « du partage est de créer deux usufruits indépendants l'un de « l'autre. » (*Loc. cit.*, p. 246.) C'est, à nos yeux, non pas l'effet du partage, mais l'obligation même où l'on est de partager, qui produit déjà ce résultat; mais, en définitive, il est constant, ce nous semble. Eh bien donc! pas d'accroissement, du moment que chacun de ces usufruits est recueilli!

Et maintenant il est à remarquer que, parmi les soutiens de cette dernière théorie, on compte la plupart des auteurs qui, dans notre question d'attribution du profit du legs d'usufruit caduc, se sont prononcés contre l'héritier, et en faveur du légataire de nue propriété. C'est ainsi que, indépendamment de M. Demolombe, nous trouvons dans les rangs des adversaires de l'accroissement entre colégataires d'usufruit qui ont recueilli leurs legs, MM. Grenier, Favard, Delvincourt, Toullier, Proudhon, Aubry et Rau. (Voy. Demolombe, *loc. cit.*) S'il faut repousser, comme l'ont fait ces auteurs, avec raison,

Digitized by Google

suivant nous, la maxime romaine « *Ususfructus quotidie constituitur et legatur*, » comme contraire au Code Napoléon, n'est-on pas tout aussi bien fondé à s'affranchir de l'influence des lois romaines, dans notre question, du moment que les trois arguments qu'elles produisent, savoir l'idée d'un *accroissement*, celle d'une *consolidation*, idée émise au surplus de la manière la plus douteuse, et celle de la *volonté présumée* du testateur, sont démontrés incompatibles avec les principes de notre loi actuelle? Si, comme l'a très-bien dit M. Demolombe, les articles 1039 à 1045, c'est-à-dire la théorie de la révocation des testaments et de la caducité des legs, doit s'appliquer, sans aucune distinction, aux legs d'usufruits comme aux autres, n'est-il pas clair que la règle « *Manere a quo relictum est*, » recueillie certainement par le Code, doit s'appliquer au legs d'usufruit caduc comme à tout autre, et ce, même en présence d'un légataire de nue propriété, encore bien que la règle dont il s'agit conduise, ainsi que nous l'avons prouvé, à attribuer dès lors l'usufruit à l'héritier et non pas au nu-propriétaire?

41. Nous persistons donc dans cette dernière conviction, que notre examen de la législation romaine a fortifiée en nous, bien loin de l'affaiblir. Nous avons déjà fait remarquer, en commençant, qu'en attribuant l'usufruit à *l'héritier*, nous entendons comprendre dans la même attribution toute personne qui tient la place de l'héritier en ce qui concerne la vocation aux biens dont aurait fait partie, au point de vue de la dévolution, l'usufruit, objet du legs caduc. Par exemple, supposons un légataire universel et un légataire en usufruit d'un objet particulier, ou même d'une quote-part des biens, il est clair que si le legs d'usufruit devient caduc, c'est au légataire universel que nous en reporterons le profit. De même, supposons un légataire à titre universel de tous les immeubles et un légataire d'un immeuble spécial en usufruit, c'est au légataire à titre universel de tous les immeubles que devra être attribué l'usufruit objet du legs devenu caduc. Ainsi le veut la règle « *Manere à quo relictum est;* car c'est au légataire universel ou à titre universel des immeubles que le legs d'usufruit a fait tort dans les deux hypothèses que nous venons de citer.

Digitized by Google

§ II.

42. Abordons maintenant la seconde partie de notre travail. Quelle sera la durée de l'usufruit que nous attribuons ainsi à l'héritier? Ne sera-ce pas la vie du légataire d'usufruit qui ne recueille pas?

La plupart des auteurs qui ont touché la question principale discutée dans le paragraphe qui précède (n°s 1 à 42), semblent considérer comme certain que si le legs d'usufruit caduc devait profiter à l'héritier (ou aux personnes qui le représentent, ainsi que nous l'avons dit), tout au moins ces personnes n'en jouiraient que pendant la vie du légataire d'usufruit.

Nous ne pouvons approuver cette décision, et Valla, combattu par Ricard sur ce second point comme sur le premier, ne l'admettait pas non plus (Ricard, *loc. cit.*, n° 525). Rappelons, avant tout, que la question d'attribution même de l'usufruit, que nous avons débattue jusqu'ici, ne s'élève qu'autant que la volonté du testateur, pour le cas de caducité, n'est point établie. Or il en est de même de notre question actuelle sur la durée de l'usufruit. Nous supposons l'incertitude sur les desseins du testateur en cas de caducité. Qu'on ne le perde pas de vue, et l'on comprendra facilement qu'il faut arriver, ici comme plus haut, à ne pas substituer aux règles du droit pur une présomption légale de ces desseins, qui n'est point consacrée par un texte. Nous croyons, pour notre part, que l'usufruit, resté aux mains de l'héritier, de par la loi, ne s'éteindra que par ses causes légales ordinaires d'extinction, comme s'il n'y avait jamais eu de légataire institué pour l'usufruit, et notamment par la mort de l'héritier.

43. Cette solution, comme notre réponse à la question précédemment discutée, nous semble être la conséquence rigoureuse des principes du Code Napoléon en matière de caducité. Elle se déduit du raisonnement suivant : Le legs d'usufruit caduc est comme s'il n'avait jamais existé ; donc il est censé n'avoir jamais déterminé la durée de l'usufruit. C'est la loi qui y pourvoit, tout comme elle pourvoit, par suite de la caducité, à l'attribution même du droit d'usufruit.

44. Dira-t-on que le legs d'usufruit subsiste, sinon pour l'attribution de l'usufruit, du moins pour l'indication de sa

Digitized by Google

durée, attendu que le testament n'est qu'un seul et même acte, et que si le légataire ne recueille pas, ce qui rend impossible matériellement l'attribution voulue par le testateur, ce n'est pas une raison pour méconnaître, dans ce qu'elle a de réalisable encore, c'est-à-dire quant à la durée de l'usufruit, la portée du testament?

Cette argumentation serait profondément inexacte. Assurément il ne serait pas impraticable en soi, ni contraire au droit, si le testateur avait exprimé cette intention, que l'héritier conservât l'usufruit, non pas pendant sa vie à lui, mais pendant celle du légataire d'usufruit qui n'a pas recueilli. Et pourtant cela ne pourrait avoir toujours lieu; car il est évident qu'il n'en saurait être ainsi toutes les fois que le legs d'usufruit sera caduc pour cause de *prédécès* du légataire; en sorte que, pour ce cas du moins, il est bien impossible de chercher dans le testament la fixation de la durée de l'usufruit recueilli par l'héritier; et nous tirerons parti, dans un instant, de cette observation. Mais laissons-la pour le moment et raisonnons comme si la caducité supposait toujours la survie du légataire; comme si elle ne pouvait provenir, par exemple, que de sa renonciation. Soit donc! Il serait matériellement possible que l'usufruit appartenant à l'héritier fût subordonné, quant à sa durée, à la vie du légataire d'usufruit qui a renoncé. Mais il faudrait, nous le répétons, pour qu'il en fût ainsi, puisque nous sommes en matière de succession testamentaire, non pas seulement que cela fût possible matériellement, mais que cela fût commandé par une expression formelle ou tacite, mais du moins manifestée, de la volonté du testateur. Et voilà précisément ce qui, après la caducité du legs d'usufruit, n'existe plus pour la durée de l'usufruit. En d'autres termes (en appliquant aux faits, tels qu'ils se présentent, leurs conséquences juridiques, et en l'absence d'une indication de la volonté du testateur contraire à ces conséquences), tandis que le défaut de l'usufruitier désigné *n'empêche pas l'usufruit de subsister*, en vertu du legs de nue propriété seul, ce défaut de l'usufruitier désigné détruit, au contraire, *toute possibilité d'une détermination de la durée de l'usufruit par le testament*. Cette proposition peut paraître abstraite; elle est, du moins à notre estime, parfaitement exacte. Nous allons, au reste, l'expliquer plus complétement.

Digitized by Google

Le testament, il est vrai, en attribuant l'usufruit à *Secundus*, avait, sinon directement, du moins indirectement, déterminé la durée de l'usufruit ; mais il ne l'avait fait que pour le cas où l'usufruitier désigné recueillerait son legs. Pour le cas contraire, nous n'avons aucune expression de la volonté du testateur, et, par conséquent, il faut recourir à la loi. Objectera-t-on que nous n'avions non plus aucune expression de la volonté du testateur en ce qui concerne la *création* même de l'usufruit, au cas où l'usufruitier ne recueille pas, et que cela ne nous a pas empêché de déclarer l'usufruit créé en toute hypothèse ? Ce serait une erreur ; car on est forcé de reconnaître *que le legs de nue propriété subsistait*, et que la conséquence *virtuelle* du legs de nue propriété, c'était l'existence d'un usufruit ; d'où il suit que, malgré la caducité du legs d'usufruit, la création d'un usufruit au profit d'un usufruitier quelconque, lequel d'ailleurs ne peut pas manquer, ainsi que nous l'avons remarqué, se trouve résulter du testament. Mais en est-il de même de la détermination de la durée de cet usufruit ? Le legs de nue propriété qui a pour conséquence virtuelle l'existence d'un usufruit, a-t-il aussi pour conséquence virtuelle la détermination de la durée de cet usufruit ? Non ; le legs de nue propriété, en lui-même et en substance, ne contient rien autre chose que la création d'un usufruit. A qui appartiendra cet usufruit et quelle sera sa durée ? Ces questions restent sans solution, à ne considérer que le testament. En un mot, le défaut de l'usufruitier désigné par le testateur, changeant l'état de choses en vue duquel ce dernier avait disposé, nous laisse sans solution sur les points qui ne sont pas tranchés par voie de conséquence nécessaire de ce qui reste du testament. Et telle est précisément la situation en ce qui concerne la fixation de la durée de l'usufruit. Si cette fixation ne dérive plus du testament, il est clair, dès lors, qu'elle appartient à la loi, tout comme l'attribution même de l'usufruit virtuellement créé par le legs de nue propriété, c'est-à-dire, ainsi que nous l'exprimions plus haut (n° 42), que l'usufruit, resté aux mains de l'héritier, de par la loi, ne s'éteindra que par ses causes légales ordinaires d'extinction, et notamment par la mort de l'héritier.

46. Voilà ce qui résulte des termes du testament, c'est-à-dire des faits examinés en eux-mêmes. Faut-il changer ces conclusions sous prétexte que la volonté du testateur doit être

Digitized by Google

présumée différente ? C'est un second point de vue que nous devons maintenant aborder, et, c'est en effet, la seule ressource de la doctrine qui voudrait fixer *de plano* le terme de l'usufruit de l'héritier au décès du légataire d'usufruit renonçant, que de présumer légalement que tel eût été le vœu du testateur, s'il eût prévu la caducité. Or cette présomption légale n'est pas plus écrite dans la loi que celle qui consisterait à faire attribuer l'usufruit, objet du legs caduc, au légataire de nue propriété.

47. Et nous ajoutons qu'elle ne devait pas davantage y être écrite. D'abord, *s'il avait prévu le défaut du légataire d'usufruit*, nous ne savons pas plus quel terme le testateur aurait mis à l'usufruit que nous ne savons s'il l'eût ou non légué à d'autres, et il n'est, en aucune façon, nécessaire, pour trouver au testateur une volonté très-raisonnable, de lui supposer l'intention de fixer la durée de l'usufruit dans ce cas à la vie du légataire qui n'a pas recueilli. Même, il est assez peu naturel, et, dans la pratique, il est rare que l'usufruit soit constitué quant à sa durée sur la tête d'un autre que l'usufruitier. Le testateur a pu se fonder, direz-vous, sur l'âge du légataire d'usufruit qu'il instituait. Et qui donc assure que ce calcul l'a pleinement satisfait, et qu'à défaut de ce légataire il n'en eût pas institué, s'il eût prévu la caducité du legs, un autre dont l'âge eût mieux répondu à ses vues? Nous nous reprocherions, au reste, de multiplier ici les conjectures. Ce que nous venons de dire prouve suffisamment que la présomption légale que nous combattons est inutile pour trouver au testateur une intention raisonnable. Elle n'a donc pas de raison d'être.

Mais, il y a plus ; elle manque des caractères les plus indispensables à une présomption légale et même à une présomption quelconque. Nous avons déjà remarqué qu'il n'est pas toujours matériellement possible de fixer la durée de l'usufruit à celle de la vie du légataire qui ne l'a pas recueilli, la caducité pouvant provenir du prédécès de celui-ci. Dès lors, présumer que le testateur, s'il eût prévu la caducité, aurait fixé la durée de l'usufruit recueilli par l'héritier à la durée de la vie du légataire, cela revient à supposer que le testateur aurait déterminé la durée de l'usufruit objet du legs caduc pour les cas de caducité qui impliquent la survie du légataire, en omettant, volontairement ou involontairement, de la déterminer pour le cas de caducité provenant du prédécès. C'est-à-dire que cela

Digitized by Google

revient, ou bien à prêter au testateur une intention plus que bizarre, ou bien à admettre qu'il eût commis (à moins que le prédécès du légataire d'usufruit ne fût absolument improbable) une singulière inadvertance. Or, *la loi* ne peut présumer que des actes raisonnables et réfléchis; n'est-il pas certain, d'ailleurs, que la vraisemblance, condition essentiellement nécessaire à *toute* présomption, ferait ici complétement défaut.

48. Ce n'est pas tout, enfin. Admettons que, en soi, la présomption dont il s'agit eût eu une raison d'être. même un caractère suffisant de vraisemblance et de sagesse; encore est-il que notre législation ne pouvait la consacrer sans se contredire. En d'autres termes, en ce qui concerne la durée de l'usufruit, objet du legs caduc, comme en ce qui concerne l'attribution même de l'usufruit, la loi, en s'abstenant de rien présumer s'est montrée parfaitement conséquente avec ses principes, attendu que suppléer à l'expression de la volonté du testateur, c'était s'exposer à méconnaître cette volonté, dans une matière où elle doit tout dominer. Il n'est plus question ici de la règle « *manere a quo relictum est* »; mais notre solution a sa base, comme cette règle, dans l'idée que ce qui est caduc doit être réputé purement et simplement n'avoir jamais existé.

49. Nous tenons, en conséquence, pour établi que la durée de l'usufruit entre les mains de l'héritier, sera la durée ordinaire d'un usufruit auquel on n'a point assigné de terme particulier. Et nous appliquerons cette solution, même dans l'hypothèse où le testateur aurait assigné *un terme* à l'usufruit légué, mais sans rien statuer pour le cas de caducité : par exemple, s'il a légué la nue propriété à *Primus*, et l'usufruit pour dix ans à *Secundus*. Et pourtant il semble bien que, dans cette espèce, la volonté du testateur, relativement à la durée de l'usufruit, même en cas de caducité du legs, soit suffisamment révélée, et cela par le texte du testament lui-même. Ce n'est pourtant qu'une apparence. Ici encore la vérité est que le legs de *nue propriété* en lui-même implique sans doute la constitution d'un usufruit, mais à durée non déterminée, que le legs d'*usufruit* seul a fixé cette durée, mais l'a fixée dans la supposition que *Secundus* recueillerait son legs, supposition qui ne se réalise pas, et nous laisse dès lors en présence d'un usufruit à durée non déterminée. Il faudrait, pour qu'il

Digitized by Google

en fût autrement, que le testateur eût fixé la durée de l'usufruit à dix ans, *soit que* Secundus *acceptât ou non.*

En un mot, la solution que nous venons de donner à la seconde des questions que nous nous étions proposées, celle de la durée de l'usufruit, est fondée sur des motifs absolument analogues à ceux qui ont dicté notre décision sur la première, celle de l'attribution même de cet usufruit.

50. Parvenu au terme de cette étude, nous en résumerons ainsi les résultats. En l'absence de toute révélation, régulièrement acquise, de la volonté du testateur, le profit du legs d'usufruit caduc ne saurait appartenir au légataire de nue propriété. La coexistence des deux legs ne suffit pas pour donner lieu, dans le cas de caducité du legs d'usufruit, soit à l'application, au profit du nu-propriétaire, de la règle « *Manere a quo relictum est,* » ou du droit spécial d'*accroissement,* soit à une *extinction* proprement dite de l'usufruit, c'est-à-dire à la *consolidation* (*lato sensu*); d'nn autre côté, il n'appartient qu'à la loi de *présumer d'une manière absolue l'intention du disposant* en faveur du légataire de nue propriété, ce qu'elle n'a pas fait. L'usufruit ne peut dès lors être attribué qu'à l'héritier ou à celui qui tient sa place, en ce qui concerne la vocation aux biens dont, au point de vue de la dévolution, aurait fait partie l'usufruit s'il n'avait pas été l'objet du legs caduc; et sa durée sera celle qu'il aurait eue si le legs d'usufruit n'avait pas été fait.

Telle est notre conviction, encore bien que le crédit à peu près universel dont a joui jusqu'ici l'opinion favorable au légataire de nue propriété nous ait fait hésiter longtemps à émettre notre sentiment. Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas cru inutile d'appeler quelque attention sur les difficultés un peu trop inaperçues peut-être que nous venons d'examiner. Et il ressort au moins de ce travail, ce nous semble, une conclusion pratique qui sera notre dernier mot : c'est qu'on ne saurait apporter trop de soin, afin d'éviter tout embarras, à ne jamais omettre, en rédigeant un testament qui contient à la fois un legs de nue propriété et un legs des mêmes biens en usufruit, d'indiquer, pour le cas de caducité de ce dernier legs, quelle attribution le testateur entend faire de l'usufruit, et quelle durée lui assigner.

A. VAUGEOIS,
professeur à la Faculté de droit de Nancy

Digitized by Google

LA SURVEILLANCE DE LA HAUTE POLICE DE L'ÉTAT.

DE SA SUPPRESSION ET DES MOYENS D'Y SUPPLÉER.

Par M. A. Frémont, conseiller à la Cour impériale d'Orléans.

« Je vois dans l'étude du droit criminel un sujet « d'améliorations indéfinies dignes de fixer les plus « graves méditations de quiconque aspire à se « rendre utile à l'humanité. »

(Lettre de François Carrara, professeur de l'Université de Pise, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1863.)

Personne ne peut soutenir que notre législation pénale soit immobile, puisque des modifications incessantes basées sur le changement de nos mœurs, les progrès de notre civilisation et la marche de nos institutions politiques, viennent sans cesse la modifier.

Les lois pénales sont le reflet fidèle des mœurs de la société qu'elles sont appelées à protéger. Si les esprits sont pervertis par les mauvaises doctrines, si les cœurs sont agités par les passions révolutionnaires, le législateur se montre sévère et cherche à inspirer des terreurs salutaires qui arrêtent, ou tout au moins, effrayent les malfaiteurs. Mais à mesure que l'ordre se rétablit, que les esprits se calment et se moralisent par les progrès de la civilisation, la rigueur des lois pénales devient inutile et chacun en demande l'atténuation.

Ces idées, qui dans tous les temps ont régi le monde, se sont produites d'une manière bien manifeste de nos jours.

Au moment de la promulgation de notre Code pénal de 1810, la sévérité dans la répression était extrême ; aujourd'hui les idées de miséricorde et de pitié se révèlent par les sentences de la magistrature et les verdicts du jury.

En effet, si la torture avait été abolie par l'infortuné Louis XVI, si dès l'aurore de la révolution française le grand principe de l'égalité devant la loi était proclamé, et si chaque accusé devait être assisté d'un défenseur, le législateur avait maintenu d'effroyables peines afflictives et infamantes.

Le condamné aux travaux forcés était marqué sur l'épaule d'un fer rouge ; les autres condamnés à des peines criminelles étaient exposés au carcan sur la place publique ; le parricide,

Digitized by Google

avant de subir le dernier châtiment avait le poignet droit coupé ; la peine de mort était prononcée en matière politique.

Toutes ces tritesses, toutes ces tortures, toutes ces exagérations inhumaines ont été successivement abolies sur la provocation et aux acclamations de tous les cœurs généreux qui se sont trouvés mêlés à la marche de nos lois pénales.

Plus d'exposition publique, plus de stigmate indélébile par le fer rouge ; le parricide se rendra simplement sur le lieu de son supplice la tête couverte d'un voile noir ; enfin la peine de mort en matière politique sera abolie aux applaudissements de tous.

Certainement voilà de nobles et belles conquêtes remportées par la civilisation sur les rigueurs de notre ancien Code pénal, mais les meilleurs et les plus sévères esprits en demandent une nouvelle.

Je veux parler de la *suppression de la surveillance de la haute police de l'État.*

La surveillance de la haute police de l'État, qui ne figurait pas dans notre ancien droit, est manifestement en opposition avec nos idées de liberté. C'est le 19 ventôse an XIII qu'elle fit sa première apparition au milieu des troubles enfantés par notre révolution française, et depuis lors elle n'a cessé d'être modifiée par le législateur. Elle est un embarras, et tous les hommes qui s'occupent de droit criminel cherchent les moyens de la rendre supportable sans pouvoir y parvenir.

Cette rigueur des temps modernes perd à tout jamais les malheureux qui en sont frappés, de plus elle jette dans notre société une perturbation incessante. La surveillance exercée sur une moyenne de 30 à 40,000 condamnés est une charge et un danger pour l'État, un aliment permanent pour les récidives.

Dans ces derniers temps un ouvrage sorti du cerveau d'un homme de génie a représenté, sous des couleurs exagérées que je ne puis absolument accepter, le sort du condamné placé sous la surveillance de la haute police de l'État, mais dans ces exagérations d'une ame aigrie, il y a du vrai [1].

Il est certain que le condamné qui rentre dans la société après avoir subi une peine afflictive et infamante n'est pas dans

[1] *Les Misérables*, par Victor Hugo.

Digitized by Google

les conditions d'une réhabilitation facile et que le plus ordinairement il donnera un libre cours à ses mauvais instincts. La statistique criminelle nous apprend d'ailleurs d'une manière irrécusable que les plus grands et les plus audacieux crimes sont commis par ces malheureux que l'État essaye de protéger et que la société repousse en même temps.

.Comment peut-il en être autrement? je le demande à tous les hommes pratiques. Qu'on se représente par la pensée le séjour de nos anciens bagnes, et qu'on médite un instant sur la promiscuité corruptive de nos maisons centrales.

Dans nos anciens bagnes, le condamné portait la casaque rouge et jaune; il traînait le boulet au pied, il avait nne planche pour dormir; la chaleur, le froid, la chiourme, les coups de bâton, la double chaîne étaient son partage.

On l'a dit avec assez de raison, au milieu de toutes ces tortures le condamné méditait sur sa triste position et se transformait en une espèce de bête féroce. Il ne pensait plus qu'à une chose, c'était à se venger de la société qui pourtant l'avait justement puni, et quand il avait recouvré sa liberté il rentrait en ennemi dans le monde et capable des plus sinistres actions.

Il en est à peu près de même aujourd'hui pour les condamnés qui reviennent en France après avoir subi la peine de la transportation, ou pour ceux qui sortent de nos maisons centrales et même de nos prisons départementales, lorsqu'ils ont à subir la surveillance de la haute police de l'État; en effet, la vie commune dans nos prisons et dans nos îles de transportation empêche toute moralisation.

Dans ce milieu triste et corrompu que deviennent les bonnes pensées, les meilleurs sentiments sous l'influence continuelle de mauvais discours, de conseils funestes et de pernicieux exemples? Non, ce n'est pas dans la communauté d'êtres faibles et déchus comme on l'est soi-même, enclins au mal et ayant déjà payé de honteux tributs aux passions, qu'on peut aisément trouver la paix intérieure et se réconcilier avec soi-même et avec la société.

Tous les repris de justice quels qu'ils soient, quand ils sont condamnés à la surveillance de la haute police de l'État, entrent donc nécessairement en lutte avec une société qui momentanément les a repoussés de son sein et n'a pas su les moraliser. Le gouvernement a le droit de déterminer certains lieux

Digitized by Google

dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu'il aura subi sa peine. Il reçoit une feuille de route d'une nature particulière réglant l'itinéraire dont il ne peut s'écarter et la durée de son séjour dans chaque lieu de son passage : triste passe-port d'infamie et de honte sur lequel se trouvent son signalement et des initiales qui indiquent sa condamnation.

Dans le cas de désobéissance à ces étroites prescriptions, l'individu mis sous la surveillance de la haute police est condamné par les tribunaux correctionnels à un emprisonnement qui ne peut excéder cinq ans. Il y a encore le décret du 8 décembre 1851 qui donne au gouvernement le droit de transporter les contrevenants dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie.

Le surveillé, traqué de toutes parts, est donc obligé, lorsqu'il entre dans une ville ou dans un village, de faire viser son passe-port soit à la mairie, soit au commissariat de police, et de suite il est signalé comme un malfaiteur.

S'il habite la campagne, il ne peut se procurer du travail que chez les cultivateurs résolus, qui manquent de bras pour rentrer leurs moissons; s'il habite la ville, ce n'est que dans ces garnis mal famés, bouges impurs où les vices se donnent rendez-vous, où presque tous les crimes s'élaborent et se décident, qu'il prend gîte, et le plus souvent il ne peut trouver d'ouvrage parce que sa position de repris de justice qu'il cherche à cacher est bien vite découverte et que personne n'est désireux d'introduire dans sa maison un pareil homme.

Qu'un crime soit commis sur une route où un repris de justice placé sous la surveillance aura passé, dans une auberge où il aura séjourné, aussitôt et de prime abord le soupçon tombera sur lui; comme il a été criminel une fois, on le soupçonne coupable cette fois encore : on l'arrête, on l'emprisonne; la prudence de la justice et la rumeur publique créent contre lui une présomption terrible.

Ce n'est le plus ordinairement qu'en rompant son ban, ou en déchirant le passe-port qu'il tient de l'autorité administrative et en en volant un autre à un honnête ouvrier qu'il parvient à cacher son identité et à pouvoir se placer convenablement quand il a le désir de gagner honnêtement sa vie, ou bien à commettre de nouvaux crimes sous un nom d'emprunt.

Digitized by Google

Tous les criminalistes qui ont examiné sérieusement les effets désastreux de la surveillance de la haute police de l'État, s'accordent à en demander l'abolition ou, tout au moins, voudraient qu'elle fût profondément modifiée. Ils ont tous reconnu que le condamné libéré ne rencontre pas de plus grand obstacle à sa réhabilitation, au retour à des habitudes d'ordre et de travail, que cette mesure accessoire de la peine, qui est cent fois plus cruelle que la peine elle-même.

Jamais la surveillance n'a pu empêcher un repris de justice de commettre un nouveau crime. L'effet le plus fréquent de la mise en surveillance est d'enlever au libéré le moyen de trouver du travail et de le pousser invinciblement vers le vagabondage, la mendicité ou le crime.

On l'a dit fort énergiquement, en conservant la surveillance on laisse, sans s'en douter, subsister la peine de la marque; seulement on ne se sert plus de la main du bourreau et du fer rouge.

Envisagée au point de vue économique, il est certain que la surveillance est onéreuse pour l'État. Les condamnations pour rupture de ban s'élèvent à un chiffre considérable attesté par la statistique criminelle, ce miroir fidèle de la répression judiciaire en France et que toutes les nations de l'Europe nous envient [1].

Au nom de la civilisation, effaçons de nos Codes la surveillance de la haute police de l'État; inspirons-nous de la pensée chrétienne qui a substitué partout, dans ses dogmes comme dans sa morale, la rédemption à la vengeance et la réhabilitation à la flétrissure; il faut que la justice humaine participe en quelque sorte de cette miséricorde divine qui tient pour racheté et pour innocent celui qui a expié sa faute dans le repentir.

Ces idées sont, du reste, passées dans nos mœurs judiciaires. Le plus ordinairement, le jury admet des circonstances atténuantes uniquement pour que la peine de la surveillance ne soit pas appliquée, et les Cours d'assises, s'associant de grand

[1] Le compte général de la justice criminelle en France a paru pour la première fois en 1825 sous les auspices de M. le comte de Peyronnet, alors garde des sceaux. Le bureau de la chancellerie où s'élabore chaque année cet intéressant travail est dirigé aujourd'hui par M. Yvernès.

Digitized by Google

cœur à cette tendance du jury, ne prononcent que fort rarement la peine de la reclusion, mais bien celle de l'emprisonnement simple sans surveillance. Si le crime d'infanticide, par exemple, est si peu souvent réprimé, c'est, le plus ordinairement, parce que la jeune fille coupable devra, aux termes de notre Code pénal, être condamnée, au *minimum*, à cinq ans de travaux forcés et à la surveillance pendant toute sa vie. Si une simple peine d'emprisonnement était possible, le plus grand nombre de ces mères coupables et dénaturées ne seraient pas acquittées comme elles le sont aujourd'hui, je n'en fais, pour mon compte, aucun doute, et il en serait de même pour bien d'autres crimes si la peine de la surveillance n'était pas prononcée de droit.

L'opinion du pays et de la magistrature devance donc la modification de notre code pénal sur ce point, et je crois que le moment est venu où le législateur devra supprimer la surveillance de la haute police de l'État.

Mais, me dira-t-on, comment remplacer une mesure évidemment indispensable pour maintenir la sécurité publique et pour empêcher trente à quarante mille repris de justice de se livrer à de nouveaux crimes ?

Je crois qu'il est plus facile qu'on ne le pense, peut-être, de trouver le moyen d'y arriver, et je vais bien simplement exposer mes idées à ce sujet, idées longuement méditées dans un exercice fréquent des Cours d'assises et de la surveillance des prisons.

Et d'abord, je partagerais tous les coupables, quels qu'ils soient, en deux grandes catégories : la première, je l'appellerais la catégorie des bons, autrement dit celle de ces hommes égarés qu'on peut ramener au bien par les moyens de moralisation qui sont en notre pouvoir ; la seconde, je l'appellerais la catégorie des mauvais, c'est-à-dire celle de ces hommes profondément corrompus dont l'amendement n'est plus possible et qu'il faut envoyer à tout jamais dans nos colonies de transportation.

En adoptant cette division qui, dans la pratique, serait faite par la justice répressive, il est évident que la surveillance de la haute police de l'État n'aurait plus de raison d'être, puisque les repris de justice dangereux et incorrigibles seraient bannis du territoire français et que ceux qu'on aurait pu ramener

Digitized by Google

au bien en les moralisant sérieusement ne seraient plus à craindre.

Mais, pour faire bien comprendre mon système, il est indispensable que je dise franchement ce que je pense de notre régime pénitentiaire en France, et que je fasse, le plus rapidement possible, l'historique encore peu connu de notre régime de transportation soit à la Guyane, soit à la Nouvelle-Calédonie.

Au commencement de ce siècle, nos prisons offraient le plus triste aspect. On y trouvait jetés pêle-mêle, hommes, femmes, enfants, prévenus, condamnés, sans distinction de sexe, d'âge et de crime. Le cynisme des conversations qui corrompent, l'oisiveté qui déprave, l'assemblage, en un mot, de tous les vices et de toutes les immoralités, tel était le spectacle affligeant de nos prisons en France.

Tous les gouvernements qui se sont succédé depuis cette époque, ont été effrayés de cet état de choses, et la question des prisons a été étudiée avec le plus grand soin par tous les hommes compétents.

Il a été reconnu et proclamé, en principe, que la société a le droit de punir, afin de détourner du mal et de porter au bien, mais qu'elle n'a pas le droit d'exposer les condamnés à se corrompre les uns les autres pour tout le reste de leur vie.

En effet, la communication des détenus entre eux rend impossible leur réforme morale et devient même la cause inévitable d'une affreuse corruption. Point de bon système pénitentiaire sans séparation des criminels. Il existe nécessairement une influence funeste des uns sur les autres, et, dans l'association des méchants, ce n'est pas le moins coupable qui agit sur le criminel, mais le plus dépravé qui exerce une action mauvaise sur celui qui l'est moins.

Le système cellulaire, avec isolement de jour et de nuit, auquel on a donné le nom de système de Pensylvanie et qui nous vient des États-Unis, obtint le patronage du gouvernement du roi Louis-Philippe; le système d'Auburn, qui a tiré son nom de l'une des prisons les plus renommées de l'État de New-York, et qui consiste dans la réunion des détenus pendant le jour et à leur séparation pendant la nuit seulement, fut repoussé d'une manière absolue.

Une loi sur la réforme des prisons fut présentée à la

Digitized by Google

Chambre des députés en 1840; elle fut même votée, et toutes les cours souveraines consultées sur son opportunité et sur son principe lui donnèrent une éclatante approbation; mais avant que la Chambre des pairs eût le temps de l'examiner à son tour, la révolution de 1848 éclata, et depuis lors la question des prisons, qui présente un grand intérêt social et humanitaire, a sommeillé au milieu de nos agitations politiques de toutes sortes.

Elle n'a pourtant pas cessé depuis cette époque d'être envisagée à tous les points de vue dans les congrès, dans les revues scientifiques, et, comme pour hâter son couronnement, une souveraine dont le grand cœur est accessible à toutes les douleurs et à toutes les souffrances vient de la raviver par ses visites dans plusieurs de nos maisons pénitentiaires; elle a certainement compris que le temps était arrivé où la société devait venir au secours de ces pauvres êtres égarés, qui ont droit, comme tous les hommes qui portent une âme immortelle, à l'assistance et à la pitié publiques.

On se fait généralement une idée très-inexacte du système cellulaire de jour et de nuit, et j'ai entendu pour mon compte les raisonnements les plus faux sur ce sujet, tenus par des hommes occupant des positions élevées même dans la magistrature, mais qui n'avaient jamais mis les pieds dans une maison cellulaire.

On se figure que la cellule est la résurrection des oubliettes d'autrefois. On peuple à plaisir cette solitude de spectres et de fantômes les plus noirs. On croit que chaque détenu ne tarde pas à devenir un squelette, qu'il va se suicider ou devenir fou.

C'est la théorie de ces personnages auxquels on donne la qualification assez plaisante de *philanthropes enragés*.

Toute cette fantasmagorie disparaît au grand jour de la réalité, et il suffit d'avoir visité le premier pénitencier venu pour être convaincu que ceux qui accusent la cellule avec autant d'acrimonie ne le font que par ignorance ou légèreté.

Au surplus, l'utilité du système cellulaire est tellement bien constatée aujourd'hui que le gouvernement, qui avait éprouvé quelques hésitations sur l'application du système cellulaire de jour et de nuit, revient à d'autres idées; il n'a pas cessé de faire construire des édifices destinés à cet usage, et, au moment où je m'occupe de cette étude, le nombre en est porté à

Digitized by Google

quarante-sept, répartis dans Paris et dans les quatre-vingt-neuf départements de l'Empire.

J'ai donc l'espérance fondée que la circulaire du 27 août 1853, qui a fait faire un pas en arrière à la question des prisons et qui revient à l'ancienne division des détenus, sera rapportée. Depuis son apparition, on a fait de nouveaux essais, mais ils ont démontré de la façon la plus claire que la réunion des détenus, même pendant le jour seulement, malgré la plus active surveillance, ramenait invinciblement les anciens abus et les anciens périls. On l'a si bien senti que, depuis quelques années, des quartiers spéciaux dits de *préservation* et d'*amendement* ont été créés dans plusieurs maisons centrales. A leur arrivée dans ces établissements, les condamnés à l'emprisonnement, non récidivistes, sont placés en observation et soumis à l'isolement. On étudie leurs dispositions, leur caractère; on s'enquiert de leurs antécédents, de la situation de leurs familles, et quand cette instruction est terminée, une commission composée du directeur, de l'inspecteur et de l'aumônier de la maison, prononce leur admission dans l'un des quartiers spéciaux ou les fait passer dans celui de la détention commune [1]. On revient donc timidement, il est vrai, au système de Pensylvanie, mais on y revient.

Je crois utile de donner ici la description exacte de nos pénitenciers, tels qu'ils ont été établis en France pour y installer le système cellulaire de jour et de nuit, et je suis persuadé qu'on sera surpris du bien-être matériel qui règne dans les établissements où les coupables expient les fautes qu'ils ont commises.

La longueur de chaque cellule est généralement de 2 mètres 40, sa largeur de 1 mètre 80 et sa hauteur de 3 mètres.

Un calorifère placé au centre du pénitencier chauffe au moyen d'une bouche de chaleur chaque cellule, qui est toujours maintenue à une température égale de 15 degrés centigrades.

Les détenus couchent dans des hamacs garnis d'un matelas, d'un drap en forme de sac, de deux couvertures et d'un oreiller.

[1] Circulaire de M. le ministre de l'intérieur, du 24 juin 1868.

Digitized by Google

Ce hamac est placé au milieu d'une des parois du mur, et pendant la journée il est relevé et fixé à une attache, de manière à ne plus occuper que le moins de place possible.

Une petite table qui est vis-à-vis du hamac est également fixée et se rabat le long de la muraille, dès que le prévenu n'a plus à s'en servir. Un tabouret en bois est retenu par une chaîne également scellée au mur, afin qu'on ne puisse en faire un mauvais usage. Une planchette qu'on aperçoit dans l'un des angles de la cellule, à la hauteur de la main, est destinée à recevoir les objets de toilette et autres que le prisonnier veut y déposer. Un siége en marbre, placé à un autre angle de la pièce, sert de lieux d'aisances. Un système particulier et fort ingénieux l'entretient dans un état constant de propreté en même temps qu'il permet de retrouver les objets compromettants que les détenus seraient tentés d'y jeter pour les faire disparaître.

Dans le cas où quelque prisonnier aurait besoin de secours, il suffit, pour prévenir, de presser un bouton placé dans l'embrasure de la porte. Cette pression produit l'abaissement bruyant d'une bande de métal qui forme indication dans la galerie où circulent les gardiens.

Afin de pouvoir exercer dans l'intérieur de chaque cellule une surveillance incessante sans exciter l'attention de celui qui l'habite et sans l'éveiller quand il repose, on a ménagé au milieu de la porte une double plaque métallique percée d'un trou ; un bouton saillant à l'extérieur fait mouvoir au gré du surveillant une autre plaque qui glisse entre les deux précédentes, couvrant ou découvrant à volonté la petite ouverture.

Chaque cellule est pourvue d'un bec de gaz à l'un de ses angles, et auquel le détenu ne peut atteindre. Elle est parquetée, aérée par des ventilateurs invisibles, et les murailles sont peintes à l'huile.

A chaque étage des cellules supérieures, une petite table fixée extérieurement après la balustrade de la galerie où se promène le surveillant s'avance comme un chariot tout le long de cette galerie au moyen de rainures; sur cette table mobile sont placées, à l'heure des repas, les rations de tous les prisonniers du même étage, ce qui rend plus facile la distribution des vivres.

Tous les deux jours chaque détenu reçoit une ration de

Digitized by Google

viande, les autres jours du bouillon, des légumes et du pain d'une excellente qualité. Le vin et le tabac sont prohibés.

Au bout de chaque galerie se trouvent de grands lavabos en marbre, où les prisonniers sont conduits séparément chaque matin pour faire leur toilette.

Des préaux, ayant chacun environ un are et demi de superficie, sont installés pour procurer de l'exercice aux détenus.

Au centre du pénitencier, et dans la partie la plus élevée, est placé l'autel consacré à la célébration de l'office divin, et du pied duquel l'aumônier, envoyant à chaque détenu des paroles de consolation et d'encouragement, les exhorte à la résignation et au repentir.

Pendant tout le temps que dure la messe, la porte extérieure de chaque cellule reste entrebaillée par un ingénieux appareil qui vient s'adapter au pène de la serrure, et les prisonniers, sans apercevoir leurs compagnons de détention, sans en être aperçus, peuvent voir et entendre ce qui se passe à l'autel.

Dans chaque pénitencier, il y a des cellules d'infirmerie qui sont semblables aux cellules ordinaires, si ce n'est qu'elles sont carrelées et un peu plus vastes que les autres. Le médecin, les sœurs, les gardiens rivalisent de zèle pour prodiguer des soins aux malades, ce qui arrive rarement, car l'état sanitaire est généralement excellent dans ces maisons, où la régularité en toutes choses préserve de bien des maladies.

Je le demande, est-il possible que les esprits les plus prévenus ne reconnaissent pas, dans ces soins matériels, un bien-être qui doit surprendre tous ces repris de justice, qui, pour la plupart, n'ont connu de la vie que les tourments de la misère et les angoisses de la faim ?

Mais je sais que les adversaires du système cellulaire, ces philanthropes dont je parlais tout à l'heure, prétendent que tous les bienfaits matériels du monde ne valent pas la liberté et la vie en commun pour lesquelles nous sommes créés.

N'exagérons rien ; il est certain que le détenu, livré à un isolement complet, aura plus à souffrir, dans les commencements surtout, que s'il était réuni aux autres détenus : voilà le châtiment.

Mais au moins il n'aura pas à subir un contact funeste et déshonorant, puisqu'il n'aura aucun rapport avec ses compagnons de captivité ; il sera inscrit et connu sous un numéro

Digitized by Google

d'ordre et son nom ne sera même pas prononcé par les surveillants; c'est le moyen d'empêcher les condamnés de se reconnaître après leur captivité et de rompre ainsi les associations criminelles et redoutables, qui ont leur germe et leur foyer dans les maisons communes : voilà la moralisation.

Toute pénalité bien entendue doit avoir pour but l'amendement de celui qui s'est rendu coupable, l'intimidation de celui qui serait tenté de le devenir. Or quel mode d'emprisonnement peut être aussi propre à produire ces deux résultats que la détention cellulaire? quel autre peut agir avec autant d'énergie sur l'âme d'un condamné? Dans les longues heures de la solitude, cette âme revient au sentiment du devoir, au repentir, ou tout au moins elle perd de son audace et se plie sous le poids de la nécessité; l'orgueil du coupable s'abaisse quand il ne rencontre plus ni écho ni sympathie.

Dans les premiers temps, le prisonnier s'abandonne à des sentiments d'un ennui profond, mais au bout de quelques semaines sa contenance annonce plus de calme et de résignation. Chez plusieurs, le souvenir du passé se présente avec horreur à leur esprit. Au jour de leur jugement, lorsqu'ils sont prévenus ou accusés, ils font presque toujours des aveux complets, et l'on dirait que la honte et les remords se transforment pour eux en une source de consolation, et ils cherchent promptement un refuge dans les soulagements et la paix de la religion.

On parle des horreurs de l'isolement; mais il y a, pour l'homme qui n'a pas perdu tout sens moral, quelque chose de pire que la solitude la plus cruelle, c'est la société des méchants.

« Supposez, disait fort justement à la tribune de la Chambre « des députés M. Duchâtel, alors ministre de l'intérieur, sup- « posez un père de famille dont l'enfant aura commis un léger « délit et se trouvera arrêté; demandez à ce père de famille, « qui ne sera pas un repris de justice, qui aura des sentiments « d'honnêteté, demandez-lui de choisir pour son fils entre les « deux systèmes, demandez-lui auquel des deux il donnera la « préférence, ou la vie en commun avec son immoralité, ou « l'emprisonnement séparé avec ses rigueurs, vous verrez s'il « hésitera au choix [1]. »

[1] *Moniteur* du 14 novembre 1843.

Digitized by Google

L'emprisonnement cellulaire épargne aussi aux malheureux, qui ne sont que préventivement détenus, le danger et la honte du contact avec les coupables les plus dangereux. Il ne faut pas qu'un honnête homme, qu'une erreur de la police aura jeté un jour en prison, soit exposé à rencontrer plus tard un misérable qui le traitera de camarade.

Cependant, quels que soient les avantages de l'emprisonnement solitaire, il faudrait se hâter d'y renoncer s'ils étaient achetés au prix de la santé ou de la raison des détenus; ce serait une législation à la fois perfide et barbare que celle qui, en ne condamnant qu'a la perte de la liberté, conduirait lentement le prisonnier à la perte de l'existence ou à celle de la raison. Mais il est démontré, par les statistiques de tous les États de l'Europe et par les documents les plus authentiques, que, loin d'être contraire à la vie, l'emprisonnement cellulaire de jour et de nuit est préférable, sous ces deux rapports, à l'emprisonnement en commun. Les cas de folie sont peu nombreux dans ces maisons; il y a bien quelquefois des signes d'abattement d'esprit et de mélancolie qui se guérissent par les encouragements et les conseils, tandis qu'on a remarqué en tout temps que, parmi les détenus en commun, il y a un bien plus grand nombre de ces cas.

On a fait la même remarque à l'égard du suicide. Ce dénoûment d'une vie de débauche et de perversité est loin d'être rare parmi les détenus en commun et même parmi les hommes qui sont en liberté. Comment pourrait-on l'empêcher absolument dans la cellule?

Il y a plus, l'Académie de médecine de Paris, consultée deux fois par le ministre de l'intérieur, au cours des années 1835 et 1839, et après examen d'une commission composée de MM. Parisot, Villermé, Louis Marc et Esquirol, a émis l'avis que le système de Pensylvanie, c'est-à-dire la reclusion solitaire, continue de jour et de nuit, mais avec travail et conversation avec les chefs et les inspecteurs, n'abrége pas la vie des prisonniers et ne compromet pas leur raison.

Ainsi l'expérience et la doctrine, proclamées par les princes de la science, repoussent les deux plus grandes inculpations dont le système cellulaire ait pu être l'objet, et il ne leur paraît pas de nature à porter atteinte ni à la vie ni à la raison.

On a encore soutenu que l'isolement de jour et de nuit portait

Digitized by Google

les détenus à se livrer sur eux-mêmes à des habitudes déplorables, qui pouvaient également compromettre leur santé et leur vie.

Je dirai d'abord que rien de pareil n'a été constaté par les statistiques de nos prisons; mais cela fût-il, que je soutiendrais que la vie en commun a engendré bien d'autres immoralités que la surveillance la plus active n'a pu vaincre.

Reconnaissons, toutefois, que si les dangers qu'on redoute existent pour le système d'isolement de jour et de nuit, il existe également pour l'isolement de nuit seulement.

Mais on n'a pas oublié la surveillance continue exercée dans la cellule du condamné, qui est constatée par la description que j'ai donnée de nos pénitenciers. A chaque instant du jour les gardiens peuvent plonger l'œil dans la cellule et se rendre parfaitement compte des moindres mouvements des condamnés. On ne peut rien faire de pareil dans la vie en commun de nos prisons, telles qu'elles sont organisées aujourd'hui.

L'isolement du détenu, qui frappe de terreur certaines imaginations timorées et irréfléchies, sera beaucoup moins difficile à supporter qu'on ne le suppose. Le travail viendra au secours du condamné; autrement une solitude absolue, que rien ne distrait ou n'interrompt, serait au-dessus des forces de l'homme : elle consume, comme on l'a dit fort justement, le criminel sans relâche et sans pitié; elle ne le réforme pas, elle le tue.

Le travail remplira donc la cellule solitaire d'un intérêt, il fatiguera le corps et reposera l'âme; il fera aimer au détenu le seul moyen qu'il aura un jour de gagner sa vie.

Il faut de plus admettre que la cellule sera une place publique dans laquelle n'entreront que d'honnêtes gens.

Les premières personnes à mettre en rapport avec les condamnés sont les ministres du culte et les sœurs de charité. Viennent ensuite l'instituteur, le médecin, les membres de la commission de surveillance, les parents, les associations de charité et de patronage, les agents des travaux, et enfin toutes les personnes honorables ayant une permission spéciale de l'autorité compétente.

Comme aux États-Unis, les hommes les plus distingués par leur position sociale ne tarderont pas à ambitionner la faveur de faire partie de cette association moralisatrice, et des récom-

Digitized by Google

penses honorifiques, très-justement méritées, entretiendront le zèle de tous ces dévouements.

Dans chaque pénitencier il y aura une bibliothèque peu nombreuse et bien choisie à l'usage des détenus.

La lecture distrait, instruit et moralise.

Dans les pénitenciers d'Amérique, la seule lecture permise aux détenus est celle de la Bible. Quelque bonne et substantielle que soit cette lecture, elle ne peut distraire un pauvre reclus, il lui faut des livres de morale, des histoires touchantes, qui montrent les tristesses du crime et les joies de la vertu.

Le travail et la lecture viendront donc instruire et distraire le détenu; afin de rompre de plus en plus la monotonie de la cellule, il pourra entretenir une correspondance fréquente avec sa famille; il sortira plusieurs fois pendant le jour pour aller se promener et prendre l'air dans l'un des préaux du pénitencier; en un mot, je ne puis trop le répéter, la cellule deviendra un espèce de foyer public qui moralisera forcément l'homme dont le cœur sera encore accessible au bien.

Si sa conduite est bonne, si son repentir est sincère, l'exercice du droit de grâce hâtera l'époque de sa libération, et lorsque le détenu rentrera dans la société, il apportera un petit pécule, fruit de son travail; il n'aura plus à redouter les vengeances et les dénonciations de ses anciens codétenus auxquels il sera resté complétement inconnu, mais il trouvera à sa sortie du pénitencier ces admirables sociétés de patronage, qui ne seront plus, comme aujourd'hui, indignement trompées par ces repris de justice frappés, mais non corrigés, et elles pourront alors rendre des services réels aux libérés véritablement régénérés.

Il est évident que le travail, toujours si nécessaire à l'homme, et en particulier au détenu dans l'isolement, est difficile à installer dans chaque cellule; mais l'expérience a démontré que c'est très-praticable, tandis qu'il est impossible de réunir les prisonniers pour un travail commun pendant le jour, sans le danger des mauvaises conversations, des conspirations et des associations criminelles après l'expiration de la peine, malgré la surveillance la plus active.

Mais le travail n'est pas tout pour arriver à la réforme morale des détenus. Ces malheureux sont des hommes qui ont perdu tout sentiment du bien et dont il faut refaire absolu-

Digitized by Google

ment l'éducation, et le système pénitentiaire avec isolement de jour et de nuit, que je préconise avec une profonde conviction, doit, pour être efficace, reposer sur les bases de la religion; sans cette source de toute résignation et de tout amendement durable, les précautions de loi seraient stériles.

Il faut le reconnaître, l'œuvre de la régénération des prisons est au-dessus des forces ordinaires; qu'on appelle donc le concours des sociétés religieuses et morales dont le dévouement ne manquera certainement pas.

Dans le système cellulaire, l'instruction religieuse est le plus puissant moyen de moralisation des détenus. Le prêtre a bientôt gagné la confiance du prisonnier; sa parole a d'autant plus d'autorité qu'elle n'a plus à lutter contre de funestes influences; la prière soulage et console les plus grandes souffrances : des frères et des sœurs de charité, qui seront comme les auxiliaires naturels de l'aumônier, seront placés près des détenus.

Je comprends très-bien qu'à un certain point de vue politique on redoute l'influence des corporations religieuses sur l'ensemble de l'instruction publique, c'est une thèse que je ne veux pas aborder; mais dans nos prisons il s'agit uniquement de ramener dans la voie de la morale des individus égarés. D'ailleurs les frères et les sœurs de charité sont sortis pour la plupart de la classe ouvrière, et se trouvent ainsi plus sympathiquement rapprochés des détenus, lesquels appartiennent presque tous à la même classe; mieux que personne, ils sauront leur donner la foi, l'espérance, et leur inspirer de bons sentiments.

A la tête de chaque pénitencier sera placé par le gouvernement un directeur ferme, moral et éclairé, contrôlé lui-même par des inspecteurs généraux; l'impulsion sera uniforme sur tous les points de la France et les abus impossibles [1].

Mais je dois dire ici toute ma pensée : je ne crois pas que le système cellulaire avec l'isolement de jour et de nuit soit réalisable, si le nombre des détenus est de plus de cinquante par chaque pénitencier. Je sais par expérience que pour être

[1] On a vu M. Elam Lynds, ancien capitaine des États-Unis, et le juge Powers, magistrat d'un rare mérite, s'honorer dans l'opinion et à leurs propres yeux en remplissant les fonctions de directeurs du pénitencier d'Auburn.

Digitized by Google

bien dirigée, une prison ne doit pas contenir un trop grand nombre de condamnés; il faut, au contraire, qu'elle atteigne le chiffre le moins élevé possible, pour que chaque détenu ne reste pas dans l'isolement, pour qu'il puisse être surveillé et visité à toute heure du jour; c'est ainsi que la solitude deviendra supportable, et que le directeur et l'aumônier connaîtront à fond la moralité de chaque détenu.

Pour arriver à ce résultat, qui serait, à mon sens, le couronnement de tout ce qu'on a écrit et essayé sur le régime cellulaire, il faudrait qu'un pénitencier fût convenablement installé dans chaque chef-lieu de département et dans chaque chef-lieu d'arrondissement. De cette manière, les maisons centrales n'auraient plus leur raison d'être; ces grands foyers de corruption seraient détruits comme l'ont été nos bagnes de triste mémoire, et chaque arrondissement se trouverait investi du droit et de l'obligation de moraliser les individus condamnés sur son territoire.

Si certains de nos arrondissements étaient tristement privilégiés par le nombre des coupables détenus dans leur pénitencier, alors on en diminuerait le nombre en envoyant l'excédant des condamnés dans un autre arrondissement, de manière à laisser toujours une moyenne uniforme et la plus faible possible dans chaque maison cellulaire.

Ce serait le système américain de Pensylvanie avec tous ses avantages, et miséricordieusement modifié dans les rigueurs suprêmes de l'isolement.

Quiconque a vu fonctionner le système cellulaire à Mazas, par exemple, avec son personnel considérale, a dû sortir de ce lieu d'expiation profondément convaincu que l'isolement dans un gouffre pareil est chose intolérable.

Quiconque a vu fonctionner le pénitencier de Tours, au contraire, dont l'installation remonte au 14 novembre 1843, a dû se rattacher au système d'isolement qui n'a cessé d'y produire les meilleurs effets;[1] mais la moyenne de cette maison

[1] Le pénitencier de Tours a pour aumônier, depuis sa fondation, M. l'abbé Bluteau, dont le zèle éclairé a produit des résultats de moralisation incontestables pendant dix années. La circulaire du 27 août 1853 qui a substitué le système d'Auburn à celui de Pensylvanie lui a causé un grand découragement, et il m'a dit bien des fois que depuis cette époque la moralisation des détenus n'était plus possible. Je le crois comme lui.

Digitized by Google

cellulaire en temps ordinaire n'a pas été au-dessous de 37 détenus et n'a pas dépassé 97.

Ce second chiffre est évidemment trop élevé, et il faudrait l'abaisser pour que chaque détenu reçût des visites plus fréquentes et pour qu'il fût instruit et moralisé avec plus de soin.

Il est certain que l'établissement d'une maison cellulaire dans chaque chef-lieu de département et dans chaque chef-lieu d'arrondissement serait une dépense assez considérable pour l'État; mais toutefois il ne faut rien exagérer. Nous avons en France 89 chefs-lieux de département et 284 chefs-lieux d'arrondissement. Nous avons déjà 47 maisons cellulaires établies à Paris et sur les différents points de l'Empire. Les anciens terrains et les anciens matériaux de nos prisons actuelles viendraient diminuer d'autant les sommes à dépenser.

Il est bien entendu que je place en dehors de toutes ces combinaisons le département de la Seine, qui est pourvu de prisons de toute nature et auquel il reste peu à faire.

Paris serait, comme toujours, dans l'exception, et donnerait l'exemple sans qu'il fût besoin de faire de bien grandes dépenses. Seulement il faudrait, pour que l'isolement fût possible là comme ailleurs, augmenter le personnel, la surveillance, et multiplier certainement les maisons cellulaires.

Chaque département ayant son pénitencier dans tous ses arrondissements, Paris devrait aussi les avoir dans chacun des siens. C'est logique et ce serait indispensable pour éviter l'accumulation des détenus; d'ailleurs, si l'encombrement devenait trop considérable, il serait facile d'envoyer un grand nombre de condamnés dans nos pénitenciers de province.

La question fiscale paraît préoccuper certains esprits, mais elle doit s'effacer devant les intérêts d'un ordre plus élevé. Le gouvernement se plaçant au point de vue moral et politique, ne peut reculer. Quand il s'agit d'extirper un mal qui ronge le pays au cœur, il n'y a plus d'hésitation possible, et cela a été si bien compris que la transportation a été, dans ces derniers temps, substituée au régime barbare et dangereux de nos bagnes, malgré de grands sacrifices d'argent. Aujourd'hui on ne pense plus qu'au résultat obtenu. Il en sera de même pour le système cellulaire.

Au surplus, pour calmer les inquiétudes à cet égard, je puis indiquer d'une manière approximative la dépense que nécessi-

Digitized by Google

terait l'installation générale de pénitenciers sur tous les points de la France en prenant pour terme de comparaison ce qu'à coûté le pénitencier de Tours.

Il contient 114 cellules; la dépense de la construction, y compris les bâtiments de l'administration, le logement du directeur, ceux de l'aumônier et des sœurs, plus le prix d'acquisition du terrain sur lequel on l'a construit, s'est élevée à la somme importante de 316,000 francs.

Mais les inspecteurs des prisons ont été unanimes pour dire que le pénitencier de Tours avait été construit à frais trop élevés. On pouvait choisir un emplacement moins central et qui eût nécessité un chiffre d'acquisition beaucoup moins considérable; chaque cellule pouvait être faite avec des murs moins épais : de fortes cloisons en briques doubles sur champ auraient suffi pour former les cellules; celles de Mettray et de la Roquette sont un exemple frappant de la vérité de ces observations. En effet, la cellule n'a pour but que d'isoler les détenus les uns des autres et de les empêcher d'avoir entre eux des communications. Or, pour atteindre ce résultat, il n'est pas nécessaire que les murailles des cellules aient un mètre d'épaisseur et soient construites avec des moellons comme à Tours.

Il faut encore ajouter, pour être dans le vrai, que non-seulement le pénitencier de Tours, mais encore le logement du directeur, du gardien-chef et des sœurs sont bâtis avec l'élégance d'un établissement modèle; que les cours et les jardins sont vastes, remarquablement plantés et entretenus. C'est un luxe qu'on pourrait supprimer dans les autres établissements de ce genre.

D'après ces données positives, il sera facile d'établir d'une manière à peu près certaine à quelle somme totale s'élèverait la construction de pénitenciers sur tous les points de la France.

Un pénitencier de 50 cellules pour chaque chef-lieu de département, un autre de 25 pour les arrondissements, seraient bien suffisants.

Au reste, lorsque je vois la civilisation moderne distribuer à profusion l'instruction sur tous les points de ma patrie, j'applaudis aux énormes dépenses qui sont faites dans le but d'éclairer et de moraliser les masses; mais pourquoi ne ferait-on pas de même pour ces classes déchues de la société qu'on peut aussi éclairer et rendre meilleures?

Digitized by Google

Il n'est pas douteux, du reste, que, comme compensation, le système cellulaire de jour et de nuit amènerait de notables économies dans les frais de justice criminelle. Les peines prononcées par les tribunaux correctionnels et les Cours d'assises devraient nécessairement être d'une moins longue durée que celles qui sont édictées par notre Code pénal. L'emprisonnement subi dans la cellule solitaire malgré tous les tempéraments dont j'ai parlé, ne peut être comparé, à cause de sa rigueur, à l'emprisonnement en commun. Il faudrait l'abréger autant que possible. Les frais d'entretien des condamnés payés par l'État seraient donc beaucoup moins considérables.

D'ailleurs l'intimidation résultant, je le reconnais, de l'emprisonnement solitaire, la crainte d'y être soumis de nouveau, la moralisation qui arriverait au cœur du détenu n'ayant plus de contact avec les malfaiteurs, empêcheraient les libérés de retomber aussi fréquemment dans la pratique des crimes et des délits; de sorte que naturellement le nombre des condamnations diminuerait, et le chiffre de la dépense de nos prisons deviendrait plus faible.

Il n'y a pourtant pas de règle sans exception, quelque inflexible qu'elle soit. Ainsi le régime d'isolement absolu ne devrait point être appliqué aux enfants au-dessous de l'âge de seize ans, qui seraient envoyés dans l'une de nos colonies agricoles dont Mettray restera le véritable modèle.

Les vieillards, les infirmes, les faibles d'esprit pourraient être détenus dans un pénitencier où l'isolement de nuit seul serait exigé. Le système d'Auburn n'a plus d'inconvénients pour de pauvres deshérités sur le point de disparaître et ne pouvant par conséquent faire aucun mal à la société.

On me permettra, en terminant sur ce point, de citer un fait constaté de la manière la plus authentique et qui fera bien ressortir l'opinion des détenus eux-mêmes sur la détention cellulaire.

Peu de temps avant l'apparition de la fameuse circulaire du 27 août 1853, un président d'assises que j'ai beaucoup connu et qui était justement alarmé des attaques incessantes dont le système d'isolement de jour et de nuit était l'objet, fit sa visite du pénitencier de Tours après la clôture d'une session d'assises, ainsi que son devoir l'y obligeait; il voulut constater par lui-même l'impression que produisait sur l'esprit des détenus l'emprisonnement cellulaire. Il prit le nom et l'âge de

Digitized by Google

tous les individus de l'un et de l'autre sexe que contenait alors cette maison cellulaire, posant à chacun d'eux la même question : Lequel préférez-vous, rester en cellule, isolé comme vous l'êtes des autres détenus, ou bien aller dans une prison où tous les prisonniers vivent en commun, travaillent dans le même atelier, se promènent ensemble dans les mêmes cours, mangent dans le même réfectoire et couchent dans les mêmes dortoirs ?

Ce président d'assises a tenu note de la réponse de chacun des détenus, et à son grand étonnement a constaté qu'une majorité imposante s'était prononcée en faveur de la détention cellulaire; mais ce qui l'étonna davantage, ce fut que ceux qui se prononçaient le plus énergiquement pour le système du pénitencier étaient les plus jeunes détenus, c'est-à-dire ceux à qui l'âge semblait faire un besoin impérieux du mouvement et de la distraction.

Au surplus, il y aura toujours, je le reconnais, des natures perverses qui se montrent rebelles à tous les enseignements et à tous les moyens de moralisation ; mais s'il faut désespérer de ces pauvres êtres et les bannir à tout jamais de la mère patrie en les envoyant comme incorrigibles dans nos colonies de transportation, c'est un devoir pour une société civilisée comme le nôtre de préserver de leur contact les condamnés qu'on n'a pu encore ramener au bien. On l'a fort justement dit, la lèpre de l'âme est ausi dangereuse que celle du corps; elle doit provoquer les mêmes mesures de prudence et d'isolement.

Je suis parvenu, je crois, a établir qu'un bon système de moralisation dans des prisons cellulaires de jour et de nuit est très-praticable et que le plus grand nombre des détenus qui y auront été soumis devront rentrer au milieu de nous complétement régénérés ; maintenant il me reste à parler de notre système de transportation qui devra être infligé d'une manière absolue à tous les coupables dont le cœur est à tout jamais perverti. J'exposerai avec des documents officiels son installation définitive à la Guyane française et dans la Nouvelle-Calédonie.

Comme le sytème cellulaire, le système de transportation a rencontré à son origine des partisans et des adversaires très-convaincus.

Dès 1825 plusieurs voix éloquentes et autorisées se firent entendre en faveur de la transportation des condamnés, mais elles furent de suite couvertes par celles de contradicteurs

Digitized by Google

acharnés. Ils représentaient ce système de pénalité, adopté par l'Angleterre, comme une mostruosité du XIXe siècle. Ils exagéraient à plaisir ses rigueurs ; on disait qu'il violait toutes les lois de la morale et de la justice ; on allait jusqu'à compter le nombre de coups de fouet appliqués aux malheureux condamnés, le nombre des blessures et le sang versé.

On constatait officiellement qu'aux colonies pénales de l'Australie il avait été dans le courant d'un mois bien et dûment distribué aux insolents, paresseux, ivrognes et insubordonnés 9,934 coups de fouet, ce qui, multiplié par le nombre de mois de l'année, produisait le chiffre énorme de 119,208 coups de fouet donnés chaque année dans ces malheureuses colonies d'Angleterre.

Il y avait même quelques fortes têtes politiques de cette époque, ayant grande autorité sur la question, qui allaient jusqu'à soutenir que la présence des condamnés aux travaux forcés dans nos ports était tellement nécessaire que les en retirer pour les déporter était frapper d'un coup mortel notre marine !

Ces objections ne furent pourtant pas les seules qu'on formula ; on parlait avec inquiétude de trouver un lieu convenable pour une colonie de cette nature et des dépenses considérables et ruineuses que nécessiterait un pareil établissement. En un mot, comme pour le système cellulaire, on trouvait une foule de résistances plus ou moins raisonnées, plus ou moins réfléchies.

Mais l'opinion publique marchait quand même ; un grand nombre de conseils généraux se prononcèrent en faveur de la transportation, et des publicistes habiles en proclamèrent les bons effets.

De toutes les peines, disait-on, celle de la transportation est la seule qui, sans être cruelle, délivre cependant la société de la présence du coupable. Le criminel emprisonné peut briser ses fers ; remis en liberté à l'expiration de sa peine, il devient un juste sujet d'effroi pour tout ce qui l'environne ; le déporté ne reparaît que rarement sur le sol natal ; avec lui s'éloigne un germe fécond de désordres et de nouveaux crimes.

Cet avantage est grand sans doute, et il ne pouvait manquer de frapper les esprits chez une nation comme la France où le nombre des criminels forme tout un peuple de malfaiteurs.

Malgré ces excellentes raisons, les adversaires de la transportation tenaient bon, comme le font aujourd'hui les adver-

Digitized by Google

saires du système cellulaire. Il a fallu deux révolutions et la volonté ferme du chef de l'État pour que nos bagnes fussent supprimés et remplacés par des colonies de transportation.

J'ai déjà dit un mot de nos bagnes, qui étaient une véritable anomalie au milieu des idées de liberté et de miséricorde de notre société moderne. L'homme y était ravalé au niveau de la brute. C'était odieux à voir; le condamné aux travaux forcés était tondu, ferré, numéroté, bouclé, accouplé. Chaque forçat était attaché à un autre forçat au moyen d'une lourde chaîne qui tenait d'un bout à la *manille* et de l'autre à la ceinture que, par une amère dérision, on appelait une *guirlande*. Pour les moins redoutables, la manille était remplacée par la *chaussette*, c'est-à-dire par un anneau plus léger. A la moindre faute, on les frappait comme de vils animaux; on les gardait à vue; des canons chargés à mitraille étaient constamment braqués sur eux.

Aujourd'hui toutes ces cruautés, qu'on croyait nécessaires, ont été remplacées par la transportation dont tout l'honneur revient au gouvernement de l'Empereur.

L'idée sérieuse des établissements de transportation a pris naissance, et à plusieurs reprises, dans la multiplicité, dans l'audace des récidivistes et surtout dans nos troubles politiques. Justement effrayé des périls que pourraient faire courir à notre société la présence des hommes pervertis et audacieux qui avaient, aux journées de juillet 1830 et aux journées de juin 1848, mis, sans exagération, une armée au service de la désorganisation sociale, le gouvernement avait, dès 1848, cherché un moyen d'éloigner ces éléments dangereux.

La loi du 6 juin 1850 fut le point de départ de la nouvelle voie dans laquelle on allait résolûment entrer. Elle désigna l'île Noukaïva et la vallée de Waïtahu comme siége de déportation pour ces hommes qui avaient juré une haine implacable à nos institutions politiques et sociales.

Vers cette époque, le gouvernement eut la pensée bien arrêtée de réaliser une réforme pénale et d'installer sur un point quelconque de nos possessions françaises une véritable colonisation à l'instar de celles qui ont été fondées par l'Angleterre, mais avec d'importantes modifications sur le régime à faire subir aux détenus transportés.

Le 12 novembre 1850, un message présidentiel annonça la réforme pénitentiaire de nos bagnes, et dès le 21 février sui-

Digitized by Google

vant, une commission fut instituée pour étudier la question au point de vue du choix d'une colonie de transportation.

La commission se mit de suite à l'œuvre et opta pour la Guyane.

Un décret du 8 décembre 1851 donna au gouvernement la faculté de transporter pour cinq ans au moins et dix ans au plus les condamnés aux travaux forcés, soit à la Guyane, soit en Algérie.

Le 20 février 1852 on offrit, en vertu de cette loi, la transportation comme une faveur aux forçats en cours de peine, et trois mille d'entre l'acceptèrent spontanément.

Le 27 mars de la même année, le gouvernement ouvrit enfin la porte de tous les bagnes aux forçats disposés à se rendre volontairement à la Guyane.

Tous ces essais amenèrent naturellement un système de transportation qui devait être organisé deux ans plus tard par la loi du 30 mai 1854.

La Guyane, qui avait été choisie, est cette vaste contrée de l'Amérique équinoxiale qui est comprise entre l'Orénoque, l'Amazone, le Rio-Negro et la mer. Le Rio-Negro, qui la limite à l'ouest, sert en même temps de trait d'union aux deux grands fleuves qui la bornent au nord et au sud.

Aujourd'hui ce grand territoire est partagé entre quatre nations : le Brésil qui, en sa qualité d'héritier du Portugal, possède la rive gauche de l'Amazone et revendique la propriété du pays compris entre ce fleuve et l'Oyapock ; la France, dont les possessions s'étendent de l'Oyapock au Maroni ; la Hollande, du Maroni au Corentin, et l'Angleterre enfin, du Corentin à l'Orénoque.

La Guyane est presque située sous la ligne équinoxiale, mais elle n'a pas à souffrir d'un climat aussi brûlant qu'on pourrait le croire. La moyenne du thermomètre, à l'ombre, y est de 27 degrés centigrades, hauteur qui, dans les plus grandes chaleurs de l'été, monte de 30 à 32, et baisse, pendant la nuit, de 2 à 3 degrés.

De l'insalubrité indéniable de certains points de la Guyane, il serait injuste de conclure à l'insalubrité absolue et universelle du pays, comme il serait absurde de juger de l'Italie par les marais Pontins et de la France par la Sologne. Il y a dans la Guyane des lieux insalubres et des lieux sains. Il s'agit de borner la colonisation à ces derniers points.

Digitized by Google

Les baumes, les essences, les bois d'ébénisterie et de construction, en un mot le règne végétal et ses mille produits, voilà les vrais trésors de la Guyane, et notre dernière Exposition universelle a vu figurer dans ses galeries une collection aussi complète que possible de toutes les espèces de bois qui ont été tirées de la Guyane et qui peuvent être utilisées, soit pour l'ébénisterie, soit pour l'industrie du bâtiment, soit pour les constructions navales.

Dès que le décret du 8 décembre 1851 fut promulgué, le département de la marine se mit à l'œuvre, et un grand nombre de tentatives d'installation eut lieu.

Un dépôt temporaire fut créé aux îles Saintes, dépendance de la Guadeloupe ; puis des baraquements furent installés aux îles du Salut, en face des côtes de la Guyane. Ces îles sont au nombre de trois : l'île Royale, l'île Saint-Joseph et l'île du Diable.

L'îlot la Mère fut, peu de temps après l'occupation des îles du Salut, également affecté à la transportation.

Tous les moyens propres à conjurer les dangers du climat tropical de la Guyane furent employés. Le trousseau de chaque transporté renfermait des vêtements de laine pour combattre les effets de l'humidité; des appareils étaient envoyés pour fournir de l'eau filtrée, et la colonie passait des marchés pour l'achat de viande fraîche.

Malgré toutes ces précautions, qui témoignent de la sollicitude du gouvernement pour les transportés, il fut impossible de combattre efficacement les influences paludéennes. Bientôt aux fièvres intermittentes vint s'ajouter la fièvre jaune, qui prit un caractère tellement pernicieux qu'il n'était plus possible de conserver la moindre illusion. Il fallait chercher pour la transportation une contrée nouvelle.

On s'établit d'abord dans un lieu nommé la Montagne-d'Argent, situé sur l'embouchure de l'Oyapock, puis à Saint-Georges, sur la rive gauche du Haut-Oyapock, à 191 kilomètres de Cayenne.

On créa ensuite des pénitenciers-pontons avec des bâtiments de la marine hors de service, en rade de Cayenne, à l'embouchure du Kourou.

Un autre établissement, commencé à la même époque, est celui de la Comté, quartier de la Guyane à proximité de l'île de Cayenne ; on y créa deux grands pénitenciers : l'un fut nommé Sainte-Marie et l'autre Saint-Augustin.

Digitized by Google

Mais les maladies continuaient à sévir, et dès 1857, après six années d'épreuves, les établissements furent transportés vers la région appelée le Maroni, qui confine la Guyane hollandaise.

A la fin de 1858 l'établissement de la transportation française à la Guyane pouvait être considéré comme créé. La supériorité sanitaire de ce quartier s'était affirmée de la manière la plus évidente; l'administration recueillait enfin la récompense des efforts qu'elle avait tentés inutilement depuis le début.

Il est constant aujourd'hui que la transportation, établie définitivement au Maroni, présente moins de cas de mortalité que les établissements pénitentiaires en France. L'obstacle le plus grave à la transportation a donc été écarté.

L'idée de faire également un essai de transportation à la Nouvelle-Calédonie prit naissance à l'époque où les établissements de la Guyane subissaient les plus rudes épreuves et où le gouvernement, justement ému, se demandait s'il pourrait dominer les obstacles qu'il rencontrait.

Des études furent ordonnées dès 1859, et l'on constata qu'il était facile de se livrer, sur les terres de l'Océanie, aux cultures européennes et à celles des tropiques. La douceur et la salubrité du climat ôtait toute idée de mortalité.

Le 2 janvier 1864, le département de la marine fit partir de Toulon un premier convoi de 250 condamnés aux travaux forcés à perpétuité, et il arriva le 9 mai à Nouméa. Déjà le gouverneur avait choisi pour dépôt général l'île Nou, située en face de la rade de Nouméa.

Un deuxième convoi partit de France le 6 janvier 1866 et arriva dans la colonie en juillet. Il se composait de 200 forçats.

Le gouverneur de la Nouvelle-Calédonie a sollicité l'envoi immédiat de nouveaux convois, et à la fin de l'année dernière l'effectif de la transportation était porté à 1,000 hommes.

L'éloignement de cette nouvelle colonie est le seul obstacle à son développement. La distance à franchir est considérable et les frais de transport très-onéreux; cependant il paraît certain que de notables économies peuvent être faites sur les frais d'entretien des transportés, et qu'alors les dépenses se rapprocheraient beaucoup de celles qui sont nécessaires à la Guyane. C'est, du reste, une étude à faire.

Les transportés, c'est le nom officiel substitué à celui de forçat et par lequel ils sont tous désignés, les transportés

Digitized by Google

travaillent aux routes, aux constructions de l'île, au déchargement des navires, aux ateliers de confection où l'on fait des sabots, chapeaux, effets, meubles pour le service général. Ils sont employés aux forges, à la menuiserie, à la fonderie, et acquièrent des grades dans le travail avec une rémunération qui varie de 5 à 10 centimes par jour; de plus ils ont quelques heures de liberté, pendant lesquelles ils travaillent pour leur propre compte.

Le gouvernement a voulu que rien des habitudes ni du régime des bagnes ne suivît le condamné au delà des mers; il a voulu pour lui une vie nouvelle et en pays nouveau. Les signes extérieurs de l'infamie ont été supprimés; le garde chiourme a disparu pour faire place à un corps de surveillants militaires, qui n'ont ni l'esprit ni la tradition du bagne.

L'uniforme des transportés se compose d'une chemise, d'un pantalon de toile grise et d'un chapeau de paille. La ration de chaque homme est la même que celle de la troupe.

Le peloton de correction porte seul la chaîne et le costume traditionnel rouge et jaune. Il se recrute dans les hommes incorrigibles, les évadés, les paresseux; il est chargé des travaux les plus pénibles et des plus rudes corvées. C'est une punition plus ou moins longue, qui, avec le cachot et les coups de corde, forme le système répressif au moyen duquel on cherche à assouplir les natures rebelles; car pour maintenir la discipline l'administration a été forcée, bien à regret, de continuer d'appliquer les peines corporelles prévues par l'ordonnance de 1748.

Les transportés sont vêtus de laine pendant la nuit, malgré l'élévation de la température, pour les soustraire à l'humidité; leurs logements sont élevés à un mètre et demi du sol.

De 1857 à 1863, c'est-à-dire en six années, un grand résultat a été obtenu à la Guyane : le temps a été bien employé; on avait fait du provisoire, maintenant on arrive à quelque chose de définitif; on avait fait des cabanes, on les convertit en édifices durables. Une grande et belle ville se construit au Maroni; elle se nomme Saint-Laurent, et sera un jour le chef-lieu de la transportation.

De vastes hôpitaux, solidement construits, viennent d'être établis au Maroni. Il existe un personnel de 33 médecins, exclusivement affecté à la transportation, et 43 sœurs de Saint-Paul de Chartres, qui remplissent dans les hôpitaux

Digitized by Google

pénitentiaires leur pieuse mission avec le dévouement qu'elles savent mettre partout au service de la souffrance et du malheur.

L'enseignement religieux a été confié aux Pères de la congrégation de Jésus. Cette mission, toujours pénible et souvent dangereuse, est remplie avec un grand zèle. Des édifices ont été appropriés aux besoins du culte, et le service religieux se fait régulièrement dans tous les pénitenciers.

C'est aux sœurs de Saint-Joseph de Cluny qu'on a confié le soin de veiller sur les femmes envoyées à la Guyane et de commencer dans des salles d'asile, au profit des enfants, une éducation qui les préserve de l'hérédité du mal.

Enfin, pour compléter cet enseignement moral, des bibliothèques ont été créées à l'usage des condamnés.

On a même trouvé parmi les transportés les éléments d'un corps musical, qui est parfaitement organisé et qui figure dans toutes les fêtes de la transportation.

Au Maroni les premiers efforts, après la période d'installation, furent dirigés vers la production du sol. Aux plantes potagères, comprenant les plantes d'Europe et celles qui sont propres au climat tropical de la Guyane, vint s'ajouter la culture du tabac, du maïs, du riz, de la canne à sucre, du manioc, du caféier, du cacaoyer. L'élevage des animaux de basse-cour se fait avec succès; celui du gros bétail est entrepris sur une assez grande échelle à la Pointe-Française, à l'embouchure même du fleuve du Maroni.

A côté des cultures, l'administration a trouvé une autre branche de travail et de revenu dans l'exploitation des richesses forestières de la Guyane, dont j'ai déjà parlé; l'usage des bois de ces forêts vierges a été introduit dans l'ébénisterie française, dans les constructions navales et dans l'exploitation des chemins de fer.

Les transportés sont donc employés aux travaux de la terre, et aux travaux d'utilité publique; c'est l'accomplissement de la peine.

Après deux ans de bonne conduite, ils peuvent travailler comme engagés hors des pénitenciers et obtenir une concession de terrain; après dix années, la concession peut être définitive et le forçat devient colon.

Quand le temps d'épreuve est achevé, le transporté est donc élevé à la position de concessionnaire urbain ou rural. L'ad-

Digitized by Google

ministration lui vient en aide pour la construction de sa case, le défrichement de son champ; elle lui achète le bois qu'il exploite; elle fournit au cultivateur les éléments de la basse-cour, du bétail, et se rembourse par le croît; enfin elle lui donne des vivres pendant deux ans, à compter du jour de la mise en possession de sa concession.

Ce n'est pas tout : le décret du 30 mai 1854 ouvre aux familles que les condamnés ont laissées en France la faculté d'aller les rejoindre. Aussi ces malheureux, que la faute de leur chef chasse pour ainsi dire des lieux qui ont été témoins de leur honte, vont trouver un refuge contre le mépris public.

La loi a donc réorganisé la famille du transporté; elle a judicieusement pensé que c'était le seul moyen de lui faire oublier, autant que possible, sa patrie perdue.

A la fin de 1858, un premier convoi de femmes partit pour la colonie. Ces malheureuses, prises parmi les condamnées aux travaux forcés, étaient transportées, sur leur demande, pour aller contracter mariage avec les déportés.

Depuis, les femmes reclusionnaires et celles même qui ne sont condamnées qu'à l'emprisonnement, sollicitent la transportation comme une faveur. Le sentiment de leur avenir perdu les pousse à quitter un pays où la misère et le mépris les attendent à leur sortie de prison.

Ainsi donc, si le déporté désire peupler sa solitude, si l'idée de la paternité sourit à son cœur, il demande une femme et l'État lui vient en aide.

Chose étrange! le plus grand nombre de ces femmes a subi sa condamnation pour crime d'infanticide, et pourtant elles font généralement d'excellentes mères de famille. On dirait que le sentiment de la maternité, qu'elles ont étouffé d'une façon si terrible, renaît plus ardent, plus vivace pour leurs enfants légitimes; elles ont été le plus souvent poussées au crime par la honte, par le besoin de cacher leur faute; aujourd'hui ce sont des femmes transformées et régénérées.

La transportation porte donc en elle les effets de la plus haute importance. La société métropolitaine est purgée d'éléments dangereux et menaçants; le repentir du coupable est encouragé et récompensé.

Il faut pourtant reconnaître que l'expatriation répugne extrêmement à l'esprit français, et, à ce point de vue, on peut être assuré que la transportation définitive sera toujours une

Digitized by Google

véritable peine et non, comme on a pu le craindre, un encouragement au crime.

Mais le décret du 30 mai 1854 n'est pas allé assez loin. En effet, si les transportés qui ont été condamnés à huit ans de travaux forcés et au delà doivent, après l'expiration de leur peine, rester toute leur vie à Cayenne ou en Australie, ceux qui ont été condamnés à moins de huit ans ne sont tenus de rester dans le lieu de leur transportation que le temps égal à la durée de leur peine; mais ils reviennent ensuite en France, où ils rencontrent les mêmes difficultés et les mêmes mépris que les forçats d'autrefois, et deviennent un véritable fléau pour leur patrie. Il serait beaucoup plus rationnel et plus sage de les laisser pour toujours dans la colonie où ils ont été transportés et où ils ont pu se constituer une famille et une propriété.

Mais il faut être juste, si un transporté se conduisait d'une manière exemplaire, s'il avait conservé le souvenir de la France, et s'il désirait ardemment d'y rentrer, il y aurait des moyens de réhabilitation légale, et il pourrait alors revenir parmi nous sans danger, puisqu'il serait moralisé et régénéré.

En terminant mes recherches sur la transportation, j'aurais voulu faire connaître le chiffre des dépenses qu'elle a occasionnées à l'État depuis le 8 juin 1850, date de la loi qui désignait l'île Noukaïva et la vallée Waitahu comme point de départ de la transportation. J'aurais désiré mettre ce chiffre en regard de celui qui serait nécessaire pour établir un bon système cellulaire; mais les documents m'ont manqué, et je ne puis que résumer la situation économique des établissements de la Guyane telle qu'elle a été présentée dans un intéressant travail publié l'année dernière par les soins de M. le ministre de la marine.

Le budget de la transportation à la Guyane s'élève à 5,009,000 francs. Sur cette somme, une économie annuelle, assez importante, a pu être réalisée jusqu'à ce jour à cause de l'impossibilité où l'on était de tenir les effectifs prévus au complet. D'une part, il y avait dans les installations des lenteurs, qui obligeaient de retarder les convois; d'autre part, les nécessités du service de la marine ne permettaient pas d'affecter au transport des hommes autant de bâtiments qu'il eût été nécessaire.

Ces économies, constatées dans les différentes lois des

Digitized by Google

comptes qui ont été successivement présentées à la sanction du Corps législatif, ont servi, dans une certaine proportion, à couvrir des augmentations de dépenses sur d'autres services du département, et, pour le reste, ont donné lieu à des annulations de crédit.

En 1865, la dépense totale pour la Guyane s'est élevée à 3,762,660 fr. 31 cent., ce qui donnerait par chaque journée d'homme, pour un effectif moyen de 7,595, la somme de 1 fr. 36 cent.; mais si l'on déduit de la dépense totale la valeur de quelques produits réalisés en argent, soit 129,018 francs, le prix de la journée se trouve ramené à 1 fr. 30 cent.

La valeur totale de la main-d'œuvre cédée et des produits vendus par la transportation, en 1865, soit aux particuliers, soit aux autres administrations publiques, s'élève à la somme de 282,692 fr. 75 cent.

Le département de la marine ne cesse d'exercer la surveillance la plus sévère sur les dépenses, et, sauf ce qui touche au régime alimentaire et à l'hygiène, tous les frais de transportation sont renfermées dans les bornes les plus étroites.

En résumé, j'ai mis en relief, dans cette trop longue étude, toutes les tristesses morales et toutes les flétrissures physiques du condamné à la surveillance de la haute police de l'État; j'ai démontré, je crois, que sa présence au milieu de nous était un danger permanent.

Je me suis efforcé de reproduire les arguments les plus saisissants en faveur du système cellulaire avec isolement de jour et de nuit, et j'espère avoir victorieusement prouvé qu'il est le seul qui puisse moraliser les condamnés.

J'ai raconté l'installation de notre système de transportation dans nos colonies, où le coupable le plus endurci peut retrouver une existence nouvelle sous un ciel qui n'est pas celui de sa patrie.

Je puis donc répéter en terminant ce que je disais en commençant : Moralisons sérieusement les condamnés que nous pouvons sauver encore; bannissons à tout jamais ceux qui sont profondément corrompus, et nous pourrons, sans danger, supprimer la surveillance de la haute police de l'État.

A. FRÉMONT.

Digitized by Google

PLAIDOYERS DE PHILIPPE DUPIN,

discours et pièces diverses publiés par son fils, Eugène Dupin[1].

Compte rendu par M. G. Debacq,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Ce serait une œuvre singulièrement intéressante qu'une histoire de l'éloquence judiciaire en France. Mais ce serait une œuvre fort difficile, si l'auteur tenait à être complet, à traiter son sujet sous toutes les faces; surtout s'il voulait bien ne pas s'en tenir seulement aux discours de MM. les gens du roi, et s'occuper aussi de nos vieux avocats. Car, s'il reste beaucoup d'antiques réquisitoires et force mercuriales, il nous reste bien peu d'anciennes plaidoiries.

Il n'est guère de membre du parquet de quelque valeur qui n'ait laissé, ou dont on n'ait recueilli « les conclusions ou dires à l'audience. » Et ce ne sont pas seulement les avocats généraux des compagnies souveraines, mais encore les magistrats exercant les fonctions du ministère public près les juridictions inférieures qui se sont plu, comme écrivait l'un d'entre eux, « à apporter leur pierre au grand édifice des lettres judiciaires, » ou, comme disait un autre, « à léguer à la postérité le fruit de leurs veilles, de leurs méditations, de leur savoir et de leur expérience. » Aussi les réquisitoires publiés de Brisson à d'Aguesseau et Servan, sont-ils nombreux, s'ils ne sont pas tous excellents. Les monuments de l'éloquence « magistrale » surabondent et encombrent de leurs poudreux in-quarto les rayons les moins visités des bibliothèques publiques.

Il n'en a point été de même du barreau. A part quelques fragments tronqués, recueillis çà et là dans les mémoires contemporains, et quelques bribes de discours d'apparat prononcés dans des occasions solennelles, et sentant d'une lieue la mercuriale, il ne reste des plaidoyers de nos vieux avocats que le souvenir. Une mention dans quelque chronique, une allusion dans quelque journal comme celui de l'Étoile ou celui de Guy Joly, c'est tout, ou peu s'en faut. On lit que dans telle circonstance, à l'occasion de tel procès Me tel a pris la parole

[1] 3 volumes in-8°. Cotillon, éditeur.

Digitized by Google

et prononcé un plaidoyer fort bien ordonné, fort bien dit, très-spirituel et très-savant; qu'il a eu un très-beau succès d'audience, dont on a fort parlé au palais et à la ville. Mais le plaidoyer n'a point été recueilli : s'il a vécu quelques jours dans la mémoire de ceux qui l'ont entendu, la postérité ne l'a point connu. Le nom de l'avocat a survécu parfois : aujourd'hui encore on le cite avec respect, mais son œuvre a disparu; et nous ne pouvons à l'heure qu'il est reviser le jugement qu'ont porté nos anciens, accorder notre admiration ou la refuser en connaissance de cause à ceux dont les contemporains applaudissaient la facilité élégante, la dialectique vigoureuse ou les spirituelles saillies. Nos vieux avocats paraissent avoir pris autant de soin pour dissimuler aux yeux des générations à venir leurs œuvres oratoires, que les magistrats du parquet pour transmettre les leurs. Était-ce de la part du barreau, comme quelques-uns l'ont écrit, sentiment d'infériorité, ou bien humilité exagérée? Était-ce aveu par les avocats de leur faiblesse, ou ignorance de leur valeur? Bien des écrivains l'ont pensé, et l'un d'entre eux, M. Beslay, dans une étude d'ailleurs fort remarquable sur les formes et le style de la plaidoirie, se montrait singulièrement sévère pour ceux qui l'avaient précédé à la barre. Pour lui, nos vieux avocats « avaient quelques préjugés et peu de principes. « De là cette défiance de leurs propres forces, ce « recours de tous les instants à ces livres, et à ces hommes que « l'on acceptait alors comme les témoins immortels de la vérité « en ce monde. Je ne sais, ajoutait l'auteur, si je me trompe, « mais l'avocat des XIVe et XVe siècles ne cite beaucoup que « parce qu'il sent qu'il ignore beaucoup. Les citations qu'il ac- « cumule avec un certain orgueil sont autant de preuves de « son humilité, il n'ose émettre une idée juste sous son propre « nom, etc. »

C'est là, croyons-nous, une erreur profonde. Si nos vieux avocats ne nous ont voulu laisser de leurs œuvres oratoires que celles qu'ils ne pouvaient soustraire à notre examen, s'ils ont réagi contre l'exemple que leur donnaient Messieurs du parquet, ce n'était de leur part ni sentiment de faiblesse, ni ignorance de leur talent. C'était fin calcul et politique déliée.

Töppfer, lorsqu'il écrivait, en parlant du plus charmant de nos fabulistes, « qu'il n'avait pas même assez de vanité pour être modeste, » exprimait une idée singulièrement vraie sous une apparence paradoxale. L'homme modeste n'ignore point

Digitized by Google

sa valeur ; au contraire : mais il sait s'en servir. La modestie, habilement exploitée est le plus efficace des moyens de parvenir. Elle consiste à sacrifier ses qualités contestables ou ses défauts apparents pour mieux faire ressortir ses mérites réels ou supposés, ou dissimuler ses faiblesses ; c'est la science d'exagérer sa valeur en ayant l'air de l'amoindrir. — C'est ce qu'ont merveilleusement saisi nos vieux avocats, en imprimant leurs mémoires, et en ne publiant pas leurs plaidoyers. Il leur a semblé que ceux-ci (bien qu'aussi bons à coup sûr dans l'esprit des auteurs que les réquisitoires de Messieurs les gens du roi, et tout aussi dignes de l'attention publique), n'avaient rien à gagner, et peut-être, au contraire, quelque chose à perdre à la publication : et ce, par cette unique raison, qu'il y avait entre mercuriales ou réquisitoires, et plaidoiries proprement dites, une différence sérieuse et dont il importait de tenir compte. Les réquisitoires pouvaient, à la rigueur, être écrits à l'avance, lus simplement ou récités à l'audience. Les défauts inhérents à la rédaction préalable pouvaient passer inaperçus ou à peu près, dans ces œuvres nécessairement froides et compassées, emphatiques et un peu pédantesques, où la dignité remplaçait la verve, et l'autorité la passion, qui constituaient par excellence l'éloquence de Messieurs les gens du roi. La plaidoirie, au contraire, soumise à l'imprévu de l'audience, œuvre de souplesse et d'inspiration, de réticences et de sous-entendus autant que de logique et de science, leur paraissait en la plupart des cas rebelle à la préparation écrite et à la rédaction préalable. D'autre part, recueillir cette plaidoirie à l'audience dans les termes mêmes où elle était prononcée était alors chose impossible. La refaire après coup, de souvenir, c'était s'exposer à ne plus donner qu'une analyse froide et décolorée, ou faire une œuvre nouvelle au risque de ne produire le plus souvent qu'un pâle mémoire au lieu d'une plaidoierie brillante ; c'était s'exposer en tout cas à mettre sous les yeux du public autre chose que le discours prononcé. Rédigée avant ou après l'audience, la plaidoirie cessait donc d'être elle-même, perdait ses qualités distinctives. Et puis l'avocat n'avait point, comme le magistrat du parquet, l'occasion et le droit de s'abstraire, de se maintenir toujours dans les régions élevées de la métaphysique et du droit. Il avait à défendre des intérêts, alors que l'officier du ministère public avait à invoquer des principes. L'attrait, la puissance de la plaidoirie

Digitized by Google

dépendaient avant tout des passions qui l'inspiraient, et s'évanouissaient en grande partie du moins lorsque ces passions avaient cessé d'exister. Le réquisitoire pouvait durer davantage, parce qu'il empruntait moins aux circonstances au milieu desquelles il se produisait et que les idées qu'il devait exprimer étaient plus élevées et moins mobiles. Aussi un plaidoyer qui paraissait bon à ceux qui l'entendaient, et qui était bon effectivement au jour où il était prononcé, pouvait-il moins facilement qu'un réquisitoire, même médiocre, affronter l'avenir. Le temps en faisait ressortir les défauts, il en atténuait et quelquefois faisait disparaître les qualités les plus éclatantes. Et l'œuvre qu'admiraient avec raison les contemporains, qui ravissait les auditeurs, paraissait au lecteur, lorsque les années avaient passé sur elle, médiocre ou mauvaise. Le ton, le geste, l'action en un mot, ces auxiliaires indispensables de la pensée qui veut toucher ou convaincre, tout cela avait disparu. Il ne restait sur le papier qu'un corps inerte que la vie avait abandonné pour toujours. Ne valait-il pas mieux pour l'avocat s'en tenir au jugement de ceux devant lesquels il comparaissait armé de toutes pièces, que de faire appel aux générations futures qui n'auraient pour établir leur conviction que des données inexactes ou des documents tronqués?

Sans doute, nos vieux avocats le savaient bien, la postérité ne s'occupe guère que de ceux qui vont au-devant d'elle. Elle n'aime pas qu'on la boude et n'accorde guère ses faveurs qu'à ceux qui les ont sollicitées. Elle se souvient à peine d'Hortensius, elle a tout fait pour Cicéron. Sans doute aussi, pour avoir confié à leurs auditeurs seuls le soin de transmettre le souvenir de leur succès aux siècles à venir, et n'avoir point pris la peine de recueillir et de publier leurs plaidoiries, quelques beaux diseurs, dont les noms auraient pu survivre, devaient tomber dans l'oubli. Mais combien de ceux dont le souvenir commande encore le respect, auraient perdu la place éminente que l'admiration légitime de leurs auditeurs leur avait accordé, pour avoir oublié, comme on l'a dit avec justesse, que l'éloquence ne se met pas sur le papier. Toutes ces considérations ont empêché nos vieux avocats de publier leur discours! Ont-ils bien fait? — Peut-être.

Toujours est-il que leur exemple n'a pas été suivi.

Nos avocats d'aujourd'hui n'ont pas eu les mêmes scrupules que leurs devanciers. Ils n'ont pas eu, d'ailleurs, grâce à la

Digitized by Google

sténographie, les mêmes difficultés à vaincre. Aussi les collections de plaidoiries sont-elles, à l'heure qu'il est, plus nombreuses que n'étaient autrefois les collections de mercuriales ou de réquisitoires.

D'aucuns se sont bien trouvés de ces publications; ceux-là surtout qui, à la manière de Cicéron, plaident pour le lecteur sans trop s'inquiéter du client; qui souvent éloquents, mais souvent malheureux, comptent autant de triomphes qu'ils perdent de procès, et, plus littérateurs qu'ils ne sont avocats, sacrifient l'intérêt du plaideur à la rondeur des périodes, à la pureté du rhytme et à l'élégance du langage.

D'autres, au contraire, et des meilleurs, ceux qui ont eu le courage et le talent d'être vraiment avocats, auraient mieux fait, dans l'intérêt même de leur réputation, de s'en tenir à leurs succès d'audience. Le lecteur cherche en vain, dans leurs plaidoyers imprimés, les qualités éminentes qui l'avaient charmé à l'audition.

Ainsi, par exemple, il est certain pour nous que la publication récente des plaidoyers et discours de M. Philippe Dupin n'ajoutera rien aux grands souvenirs qu'a laissés après lui l'éminent avocat. C'était moins peut-être par l'élégance de son style, la pureté de son langage et la forme littéraire de ses plaidoiries, que par la vivacité, l'énergie, la verve de sa parole, le charme et la souplesse de sa diction, que M. Philippe Dupin s'était placé au premier rang parmi ses confrères ; mais, malheureusement, ces qualités-là ne s'impriment pas, et il n'appartient pas à l'éditeur de les livrer au public en même temps que le texte même du plaidoyer. Aussi ces plaidoiries, si applaudies autrefois et si dignes de l'être, paraissent-elles un peu ternes. Les répliques elles-mêmes paraissent molles et froides. Séparées de la plaidoierie de l'adversaire remplacée par quelques lignes d'explications[1], elles tournent au mémoire et quelquefois même à l'énigme.

Il faudrait se garder toutefois, et par de telles raisons, de condamner absolument de pareilles publications. La collection des plaidoiries de M. Philippe Dupin notamment, à part les défauts que nous venons de signaler et que l'on trouve, bien autrement graves, dans le plus grand nombre des productions du

[1] Une plaidoirie de Me Léon Duval a toutefois été publiée en tête de l'une des répliques de M. Ch. Dupin.

Digitized by Google

même genre, présente le plus sérieux intérêt. Il suffit d'indiquer quelques-uns des plaidoyers ou des discours contenus dans les trois volumes que vient de publier le fils de M. Philippe Dupin, pour en faire ressortir l'exceptionnelle importance. C'est d'abord la défense du *Constitutionnel*, accusé d'outrage à la morale publique et religieuse pour s'être exprimé un peu librement sur le compte de deux missionnaires, en janvier 1820 : puis la défense du *Miroir*, traduit devant la Cour royale de Paris sous prévention de diffamation envers les censeurs dramatiques (3 janvier 1823) ; celle de l'éditeur Barba, renvoyé en police correctionnelle pour avoir réédité un roman de Pigault-Lebrun, lequel, d'après le ministère public, portait atteinte à la morale publique ; celle du gérant du *Figaro*, prévenu d'excitation à la haine et au mépris du gouvernement (23 février 1830), un des plus beaux discours où la nécessité d'une presse libre ait jamais été soutenue. Viennent ensuite les plaidoiries de M. Philippe Dupin pour M. Casimir Périer, dans l'affaire dite des fusils Gisquet (29 octobre 1831) ; pour le duc d'Aumale contre MM. de Rohan, à l'occasion du testament du duc de Bourbon (24 janvier 1831) ; pour M. Olinde Rodrigues lors de la liquidation de l'association Saint-Simonienne ; le discours prononcé devant les chambres assemblées de la Cour royale à l'occasion de l'affaire dite du conseil de l'ordre (13 avril 1835) ; la défense du général de Rigny devant le Conseil de guerre de Marseille (1er juillet 1837) ; celle des héritiers de la baronne de Feuchères, actionnés par l'administration des hospices de Paris ; la plaidoirie prononcée dans l'intérêt de M. le duc d'Aumale contre l'État, revendiquant le domaine de Chantilly (22 et 24 décembre 1844) ; un certain nombre de plaidoyers dans des affaires de séparation de corps, de désaveu ; deux discours prononcés à l'ouverture de la conférence des avocats en 1834 et en 1835, l'éloge de M. Muraire et celui de M. Andrieux ; des allocutions prononcée au comice agricole de Coulange-sur-Yonne ; des rapports à la Chambre des députés sur les projets de loi relatifs aux brevets d'invention et à la forme des actes notariés.

Il n'est pas besoin d'insister sur la valeur d'une telle publication. Elle se recommande d'elle-même à l'attention publique et n'a pas même besoin d'être signalée. GABRIEL DEBACQ.

Digitized by Google

NÉCROLOGIE.

DISCOURS

prononcé le 5 novembre 1868, aux funérailles de M. Abel Pervinquière, professeur à la Faculté de droit de Poitiers,

par M. Bourbeau,
doyen de la Faculté de droit, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats
Maire de Poitiers.

Messieurs,

« L'enseignement du droit vient de perdre un de ses plus savants maîtres; le barreau, l'un des hommes dont le talent et le caractère ont le plus honoré le titre d'avocat; et la cité en deuil, un généreux citoyen, aussi grand par le cœur que par l'intelligence, dont tous les actes ont été des services rendus ou des bienfaits accomplis.

La douleur publique a déjà trouvé d'éloquents interprètes; une mort imprévue frappait hier celui que nous pleurons, au moment où se préparait la grande solennité destinée à inaugurer la reprise des travaux judiciaires. De touchantes paroles prononcées par les représentants les plus élevés de la magistrature ont rendu un éclatant et public hommage à l'avocat, qui ne devait plus répondre à l'appel de son nom, pour prêter le serment de fidélité aux devoirs de son ordre, mais dont la vie entière apprend comment on les observe. Aujourd'hui c'est en présence d'un fils et de frères désolés, de confrères et d'amis réunis dans un pieux cortége que je dois remplir la mission de rendre à une mémoire à jamais vénérée, le témoignage qui lui est dû.

Abel Pervinquière, né à Sainte-Radégonde en Vendée, le 10 septembre 1797, était le second fils de Mathieu-Joseph-Séverin Pervinquière, membre de l'Assemblée constituante, et de Marie-Louise-Angélique Belliard, sœur de l'illustre général, comte Belliard.

Son père, nommé baron de l'empire et président à la cour de Poitiers, vint prendre possession de son siége de magistrat en l'année 1811. Abel Pervinquière fit alors ses études dans le lycée de Poitiers, qui peut placer son nom parmi ceux des élèves dont il se glorifie. Les projets de sa famille, l'affection presque paternelle du général Belliard, la faveur espérée du souverain dont les puissantes mains avaient un jour caressé

Digitized by Google

le front de l'enfant, tout dirigeait le jeune Pervinquière vers la carrière des armes. Il devait être page de l'empereur, pour obtenir bientôt un grade dans l'armée. La Restauration renversa ces projets. Abel Pervinquière, au sortir du lycée, suivit les cours de la Faculté de droit de Poitiers. Là ses véritables aptitudes se développèrent, et sa jeunesse, dans la nouvelle carrière qui s'ouvrait à son activité, trouva bientôt un puissant patronage auprès de ce maître illustre dont la renommée rayonne encore de tout son éclat sur le barreau de Poitiers et sur l'école qu'il a dirigée.

Abel Pervinquière, reçu avocat à la fin de 1817, plaidait sa première cause en 1819 et obtenait, la même année, la main de la fille de Boncenne. Les causes ne manquaient pas au jeune avocat que cette noble alliance protégeait contre l'obscurité. Les affaires judiciaires avaient à cette époque une importance et des difficultés qui ne se rencontrent plus qu'à de longs intervalles. L'état des citoyens compromis par les guerres civiles, les réclamations des émigrés, les revendications dirigées contre les communes, les questions transitoires résultant des droits acquis sous la législation abolie, l'incertitude de la jurisprudence dans l'interprétation de la législation nouvelle, tout concourait à donner un caractère solennel à ces débats judiciaires auxquels le jeune avocat était appelé à prendre part; et il ne faut pas s'étonner que les jurisconsultes élevés à ce difficile apprentissage y aient contracté l'habitude du travail assidu, des discussions approfondies, de l'ampleur dans les développements, de la gravité dans la forme. Pervinquière se trouva bientôt à la hauteur de ces grandes causes. Il s'y préparait par un labeur que les forces humaines semblent impuissantes à accomplir. Il s'initiait à la science du droit romain par la lecture des grands jurisconsultes du XVIe siècle et par l'étude des textes récemment découverts. Il étudiait avec un zèle égal les anciens feudistes et les commentateurs de nos vieilles coutumes; et quant au droit moderne, il en constituait les théories dans des traités à son usage, où il rassemblait avec amour les trésors de son érudition.

Comme avocat, nul ne lui était supérieur pour la direction d'un procès, pour la fécondité des moyens, pour les ressources de l'attaque ou de la défense. Son âme loyale accueillait facilement les griefs de ses clients, et sa parole toujours convaincue, sa ténacité souvent heureuse étaient la résultat de cette

Digitized by Google

généreuse confiance dans la légitimité des prétentions qu'il appuyait. La passion du jurisconsulte élevait jusqu'à l'éloquence les accents de sa voix dans des causes où la théorie prend la première place. En l'admirant, on reconnaissait dans l'avocat, l'érudit.

Sa place était marquée dans cette école de droit où Boncenne occupait comme au barreau le premier rang. Une chaire de code civil était devenue vacante en 1834. Il fallut une insistance à laquelle il finit par céder, pour déterminer Pervinquière à se présenter au concours. Il n'était pas encore docteur en droit. Il obtint ce grade en quelques semaines et fut nommé professeur aux applaudissements de ses concurrents, le 18 mars 1835.

Son enseignement laissera dans notre école de grands souvenirs. Devant cette jeunesse que son cœur affectueux aimait, avec quelle lucidité de langage, avec quelle abondance d'aperçus, quelle sûreté de raisonnement, il développait ses théories éprouvées par l'expérience des affaires! C'est que, dans l'application aux intérêts privés, des principes généraux du droit, il donnait chaque jour à son esprit un nouveau ressort, et fortifiait cette autorité et cette sûreté de doctrine, qui ont illustré sa chaire.

Les devoirs de l'enseignement ne l'avaient pas en effet éloigné du barreau; le lien qui nous rattache les uns aux autres est de ceux qu'on ne brise pas sans peine. C'est le lien de la fraternité qui unit les avocats entre eux; et le professeur qui forme la jeunesse en la dirigeant vers le barreau, s'unit à ses élèves par un premier lien : nous les appelons nos enfants, avant de les appeler nos confrères.

Combien de jeunes stagiaires ont trouvé dans leur ancien Maître, la sollicitude d'une affection paternelle. Dans ce cabinet où les clients venaient de toutes les parties de la France solliciter des avis et des consultations, on voyait Pervinquière entouré de ses anciens élèves admis à son intimité, trouvant auprès de lui la direction qui éclaire, l'appui nécessaire aux débuts et ces mouvements du cœur qui consolent des déceptions et encouragent à la persévérance.

C'est ce noble cœur que je voudrais surtout louer. Doué d'une sensibilité que des pertes douloureuses ont souvent mise à l'épreuve, il avait pour toutes les infortunes des sympathies, pour les adoucir une libéralité inépuisable et un concours dé-

Digitized by Google

voué. Et quand il avait entrepris devant la justice attentive la défense d'un malheureux, il le protégeait de son ardeur, de ses accents, de ses larmes. Comment énumérer ses bienfaits? On peut les deviner par le nombre des malheureux qui le pleurent.

Ces grandes qualités, cette science profonde ont souvent attiré sur lui les regards. Deux fois il a refusé les fonctions de doyen qui lui étaient offertes. Un poste éminent dans la magistrature a été refusé par lui. Les affections de la famille remplissaient son cœur, l'amour de la science suffisait à l'activité de son esprit.

Hélas! dans cette existence d'un sage, le malheur devait bientôt pénétrer. Il vit mourir à quinze ans ses deux filles adorées. La mère de ses enfants, cette femme distinguée si digne des deux noms qu'elle a successivement portés, les suivit dans la tombe; et dans cette année fatale il conduisait le deuil d'un frère et d'une sœur enlevés à ses affections. L'amour d'un fils, la tendresse qu'il avait pour ses petits-enfants dont il aimait à se voir entouré, consolaient son cœur, sans guérir sa blessure. Mais l'intelligence resta toujours active. Besoin impérieux de sa nature, le travail s'imposait même à ses douleurs. Ses jours et ses veilles se succédaient avec la même uniformité d'un labeur incessant. La journée du 2 novembre s'écoula dans les mêmes occupations; il donna, comme il arrivait souvent, quelques heures de la soirée à une réunion de famille; de retour dans cette maison où semble retentir encore sa voix bienveillante, il s'endormit préparé pour le travail du lendemain; la mort l'a frappé dans son sommeil, condamnant l'infatigable athlète à l'éternel repos.

Son âme pure s'est envolée vers Dieu accompagnée des bénédictions du pauvre et du témoignage que rendent pour lui les actes de sa vie, et que confirme l'expression de la douleur publique s'associant aux larmes de la famille.

Au milieu de ces unanimes regrets, notre voix s'élève au nom des professeurs, au nom de la jeunesse de l'école pour adresser un dernier adieu à celui qui fut une de nos gloires, un collègue affectueux, un ami dévoué de la jeunesse; pleurez-le, jeunes gens, car en vous donnant les fortes leçons qui élèvent l'intelligence, il vous montrait en même temps par ses exemples, comment on traverse la vie, en laissant une trace lumineuse et pure. »

BOURBEAU.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE SUR LES CONQUÊTS, AU CAS D'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ.

Par M. FLANDIN, conseiller à la Cour impériale.

La jurisprudence est, depuis longtemps, fixée sur la question de savoir si la femme mariée peut faire valoir son hypothèque légale sur les conquêts aliénés pendant le mariage, lorsqu'elle renonce à la communauté : l'affirmative s'appuie sur un si grand nombre de décisions qu'il y aurait aujourd'hui, l'observation en a été faite ailleurs [1], témérité à soutenir la thèse contraire.

Mais où la controverse existe, c'est lorsque la femme a accepté la communauté. Des auteurs ont soutenu que, la femme n'étant tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument (C. Nap. 1483), elle conserve, nonobstant son acceptation de la communauté, le droit d'exercer son hypothèque légale, pour le montant de ses reprises, sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, au préjudice du créancier hypothécaire ou de l'acquéreur, lorsqu'elle n'a retiré de la communauté aucun émolument. Et cette opinion vient d'être consacrée, contrairement aux précédents de la jurisprudence, par un arrêt de la cinquième chambre de la Cour de Paris [2].

Précisons, pour en mieux apprécier la doctrine, et en le dégageant des points accessoires qui n'ont eu et ne pouvaient avoir aucune influence sur la solution de la question, les circonstances dans lesquelles cet arrêt est intervenu :

Un sieur Tavernier, avoué, qui avait été en relations d'affaires avec un sieur Flan, notaire, et se trouvait son créancier, avait pris jugement contre lui, et, en vertu de ce jugement, requis inscription sur un immeuble dépendant de la communauté d'entre les époux Flan. — Postérieurement, la dame Flan avait fait prononcer sa séparation de biens, et néan-

[1] *Jurispr. gén.* de MM. Dalloz, 2e éd., v° *Priv. et hyp.*, n° 928.

[2] Paris, 15 juin 1868, aff. *Tavernier ; Bull. des arrêts de la Cour*, 1868, p. 586, n° 1639.

Digitized by Google

moins avait accepté la communauté. L'immeuble dont il s'agit, seul actif de cette communauté, lui avait été abandonné en payement de ses reprises. Mais un créancier inscrit sur cet immeuble, la veuve Jennequin, avait requis sa mise en vente, et un ordre avait été ouvert sur l'adjudicataire. Entre autres créanciers produisant à l'ordre, se trouvaient la dame Flan pour ses reprises, et la veuve Tavernier pour la créance de son mari; celle-là requérant la priorité, à raison de son hypothèque légale qui remontait au jour du mariage, celle-ci se prétendant préférable à la dame Flan.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 10 mai 1867, dont la Cour, en ce point, s'est approprié les motifs, statua sur la contestation dans les termes suivants :

« Le Tribunal,

« A l'égard du contredit de la femme Tavernier à fin de collocation antérieure à la femme Flan :

« Attendu que l'hypothèque légale de la femme Flan, comme toute hypothèque générale, frappe tous les biens dont le mari a la libre disposition ; qu'il y a, à cet égard, assimilation parfaite entre les biens propres du mari et les conquêts de la communauté;

« Sur le moyen tiré de l'extinction de l'hypothèque par suite de confusion :

« Attendu, etc.

« Sur le moyen tiré de la déchéance de l'hypothèque légale par suite d'acceptation de la communauté :

« En fait, attendu qu'aux termes de son contrat de mariage, la femme Flan avait réalisé ses apports mobiliers, présents et futurs, sauf une somme de 3,000 francs, laquelle est seule tombée en communauté;

« Que sa collocation au règlement provisoire représente le montant de ses créances contre la communauté, déduction faite de sa mise en communauté;

« Que la communauté donne un déficit de 52,794 fr. 31 ;

« Attendu que la femme Flan a fait un inventaire régulier; qu'elle ne retire aucune somme, à titre de femme commune et copartageante, et qu'elle n'agit qu'en qualité de créancière de ses reprises;

« En droit, attendu que la femme, qui accepte la communauté et qui a fait régulièrement inventaire, n'est tenue des

Digitized by Google

dettes, à moins d'obligation solidaire et personnelle, que jusqu'à concurrence de son émolument, aux termes de l'article 1483 du Code Napoléon ;

« Attendu que, par son acceptation, la femme ne peut critiquer les droits et aliénations consentis par son mari ; ne doit contester ni son administration, ni la validité de ses actes; ne peut retirer sa mise sociale avant l'entier acquittement des dettes de la communauté;

« Mais attendu qu'à côté de ces obligations, les articles 1470 et suivants du Code Napoléon donnent à la femme des droits contre la communauté débitrice de ses reprises et autres créances matrimoniales;

« Qu'en cette qualité, elle peut agir chirographairement sur les valeurs mobilières et hypothécairement sur les immeubles de la communauté;

« Que, dès lors, la femme Flan est fondée à faire valoir ses droits à l'égard des tiers créanciers, dans les conditions et avec le rang que la loi leur attribue... ;

« Maintient le règlement provisoire; en conséquence, déclare la femme Tavernier mal fondée en ses demandes, fins et conclusions, tendantes à être colloquée antérieurement à la femme Flan, etc. »

C'est cette doctrine que je me propose d'examiner, avec quelques développements que justifie l'intérêt pratique de la question.

Disons, tout de suite, que cette doctrine a pour appui, dans l'ancien droit, l'autorité de Pothier, autorité d'un si grand poids, à mes yeux, qu'elle me fait souvenir, pour les appliquer à ce grand jurisconsulte, à cet homme d'un sens si droit, de ces paroles prononcées par mon ancien collègue, M. Berville, à propos de J. J. Rousseau, « dont le seul nom, dit-il, est une puissance morale, dont l'autorité force la conviction à douter d'elle-même et à s'interroger encore. »

Voici, en effet, de quelle manière s'exprime Pothier dans son *Traité de la Communauté*, aux nos 756 et 757 :

« Sur la demande, dit-il, qu'un créancier hypothécaire a donnée contre la femme, comme détentrice des conquêts qui lui sont hypothéqués, la femme doit les lui délaisser.

« Si la femme avait acquitté auparavant des dettes dont l'hypothèque fût préférable à celle du demandeur, quand même,

Digitized by Google

en les acquittant, elle n'aurait pas eu la précaution de s'y faire subroger, le demandeur serait obligé de lui en faire raison; car la femme, en ce cas, a rendu meilleure la condition du demandeur; elle a bonifié l'hypothèque du demandeur, en acquittant des hypothèques préférables à la sienne : *meliorem ejus pignoris causam fecit.* — Néanmoins, c'est une précaution sage, lorsque la femme paye quelque créancier hypothécaire, de requérir la subrogation, pour éviter toute contestation. »

Jusque-là point de difficulté : la femme même invoquerait, au besoin, la subrogation légale dont parle l'article 1251 du Code Napoléon.

Mais l'auteur ajoute, et c'est ici qu'est le point contestable, selon moi :

« Le demandeur doit faire raison à la femme, non-seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur, il doit pareillement lui faire raison de ce qu'elle s'est payé à elle-même pour ses créances contre la communauté, pour lesquelles elle a hypothèque du jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur. »

Pour savoir si cette doctrine est vraie, il faut se rendre bien compte de ce qu'est la société conjugale.

Je ne saurais la mieux comparer qu'à une société en commandite, dans laquelle le gérant est le mari, et la femme l'associé commanditaire, ne courant d'autre risque que la perte de sa mise. Et c'est, en effet, ce qui résulte de la faculté qui est accordée à la femme de se soustraire aux charges de la communauté, en y renonçant (1494 C. Nap.), ou de n'en être tenue, si elle l'accepte, que jusqu'à concurrence de son émolument (1483)[1].

Il n'en a pas été toujours ainsi.

« Autrefois, dit Derenusson, la femme n'avoit pas cette faculté (de renoncer à la communauté), et sa renonciation ne l'auroit pas déchargée. Cela estoit fondé sur ce qu'on disoit que, le mary et la femme estant en societé et communs en

[1] Cette assimilation n'est même pas absolue; car l'associé commanditaire ne pourrait stipuler, sans contrevenir à l'article 1855 du Code Napoléon, la reprise de son apport, dans le cas où la société ne donnerait que des pertes, tandis que cette faculté est accordée à la femme par l'article 1514 du même Code.

Digitized by Google

dettes, meubles et crédits, la femme devoit porter sa part des charges de la societé, nonobstant sa renonciation; qu'un associé, par le Droit Romain, peut bien renoncer à la societé, mais que sa renonciation ne le libere pas des charges de la societé; il est tenu des dettes dont la societé est chargée au temps de sa renonciation; qu'il ne seroit pas raisonnable qu'un associé pust, en renonçant, s'en libérer et les faire tomber entierement sur son associé; qu'il peut bien renoncer, les choses estant entieres, et non pas autrement; qu'il ne peut renoncer sans porter sa part des charges de la societé.

« Mais, dans la suite des temps, ajoute-t-il, on a reconnu qu'il y avoit grande différence à faire entre la communauté qui est entre mary et femme, conjoints par mariage, et une societé contractée entre autres personnes. Premierement, la femme est dans la dépendance du mary; elle n'a aucun pouvoir, et tout le pouvoir reside en la personne du mary, qui est maistre de la communauté, qui peut s'obliger et contracter, et consommer les biens de la communauté; mais, à l'égard d'une societé contractée entre autres personnes qu'entre conjoints par mariage, le pouvoir des associez est reciproque, ils peuvent renoncer à la societé et la resoudre quand bon leur semble.

« En second lieu, on a reconnu qu'il y auroit de l'inconvenient que le mary pust obliger sa femme sans son consentement, et que les obligations du mary pussent avoir leur effet, non-seulement sur les biens de la communauté, mais aussi sur les propres de la femme; que le mary pourroit, par ce moyen, consommer les propres de sa femme, sans son consentement. C'est pourquoy on a trouvé qu'il estoit juste que la femme pust renoncer à la communauté de son mary, et, en renonçant, se décharger des dettes contractées par son mary auxquelles elle n'avoit point parlé : c'est un privilege qui est donné à la femme, et que tout associé n'a pas dans les autres societez[1]. »

Dans quelques Coutumes, dans celle de Paris notamment (art. 115 de l'ancienne Coutume), cette faculté de renonciation n'était concédée qu'à la femme noble; et l'auteur que je

[1] *Traité de la communauté*, 2e part., ch. I, nos 2 et suiv., p. 269, édition de 1699.

Digitized by Google

viens de citer faisait remarquer que « cela avoit sa raison, qui estoit que cela faisoit conséquence pour le commerce; et on disoit qu'on ne presteroit si volontiers aux maris roturiers qui sont dans le commerce, si leurs femmes avoient ce privilege[1]. »

Mais Dumoulin ne s'était pas trouvé satisfait de cette raison, et il avait fait, sur l'article 115 précité, l'annotation suivante :

« Autant en est d'une roturiere, qui ne doit estre tenue des faits de son mary où elle n'a parlé outre sa part de la communauté; car autrement le mary pourroit vendre ou hipottequer les propres d'icelle. Et ainsi a esté dit par arrest. »

Dans la réforme de la Coutume de Paris, il fut tenu compte de la note de Dumoulin, et le nouvel article 237, correspondant à l'article 115, ne mit aucune différence entre la femme noble ou non noble.

La faculté de renonciation devint ainsi de droit commun ; et l'ancien usage était que la femme, qui voulait renoncer à la communauté, mît ses clefs, sa bourse et sa ceinture sur la fosse de son mari[2].

Après ce premier pas fait dans l'intérêt de la femme, on en fit un second.

En principe, la femme qui accepte la communauté, prenant la moitié des biens, devrait, par corrélation, supporter la moitié des dettes. Mais on se demanda bientôt s'il ne fallait pas accorder à la femme une faveur semblable à celle dont jouit l'héritier, la faveur de n'accepter la communauté que sous bénéfice d'inventaire, pour qu'elle n'eût pas à courir le risque d'être obligée *ultra vires ?*

On se trouvait arrêté par la règle que les priviléges sont de droit étroit; qu'ils ne peuvent être étendus d'un cas à un autre ; qu'il n'était pas possible, par conséquent, d'appliquer à la

[1] *Loc. cit.*, n° 5.

[2] Loyseau, *du Déguerpissement*, liv. IV, ch. II, n° 5.

« Nous avons, dit Pothier, un monument de cet usage dans la *Chronique de Monstrelet*, t. I, ch. XVII, où il est dit que Marguerite, veuve de Philippe, duc de Bourgogne, qui mourut en 1404, renonça à la communauté, en mettant, *sur la représentation du défunt*, sa ceinture avec sa bourse et ses clefs, comme il est de coutume, et de ce demanda instrument à un notaire qui était là présent. » (*Traité de la communauté*, n° 552.)

Digitized by Google

communauté d'entre mari et femme un texte (la loi dernière, au Code, *De jure delib.*) qui n'a trait qu'aux successions.

Mais la jurisprudence passa outre et décida que, sans avoir besoin de recourir au bénéfice d'inventaire, la femme, en acceptant la communauté, ne serait, néanmoins, tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, constaté par un bon et fidèle inventaire. Et, lors de la réformation des Coutumes, de celle de Paris notamment, on introduisit, dans le nouveau texte, comme sanction législative de cette jurisprudence, une disposition ainsi conçue (c'est l'art. 228) :

« Le mary ne peut, par contract et obligation faite devant et durant le mariage, obliger sa femme, sans son consentement, *et plus avant que jusqu'à la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté*, pourvu, toutefois, qu'après le décès de l'un des conjoints, soit fait loyal inventaire, et qu'il n'y ait faute ou fraude de la part de la femme ou de ses héritiers. »

Dès que la femme, pour n'être pas obligée, par son acceptation, *ultra vires*, est assujettie à faire inventaire, il n'y a plus, entre le bénéfice d'inventaire et le privilége qui est accordé à la femme par cet article, qu'une différence très-secondaire, ainsi caractérisée par Pothier :

« Le privilége de la femme, dit-il, est différent du bénéfice d'inventaire que la loi ou le Prince accorde à des héritiers pour accepter une succession suspecte : ce bénéfice d'inventaire donne aux héritiers qui y ont recours le droit de n'être pas tenus, sur leurs propres biens, des dettes de la succession, et de renvoyer les créanciers à se pourvoir sur les biens de la succession, dont les héritiers ne sont regardés, vis-à-vis les créanciers, que comme des administrateurs.

« Il n'en est pas de même de ce privilége que la Coutume accorde à la femme, lorsqu'elle a accepté la communauté : il ne lui donne pas le droit de n'être pas tenue des dettes de la communauté sur ses propres biens, mais seulement celui de n'être tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a eu des biens de la communauté. La femme peut donc être poursuivie sur ses propres biens pour sa part des dettes de la communauté, lorsqu'elle l'a acceptée, tant qu'elle retient quelque chose des biens de ladite communauté; elle ne peut en être déchargée qu'en rendant compte aux créanciers qui la pour-

Digitized by Google

suivent de tout ce qu'elle en a eu, et en abandonnant ce qui lui en reste[1]. »

La faculté que possède la femme de renoncer à la communauté ne devrait, régulièrement, avoir pour effet, en privant la femme de sa part éventuelle des biens de ladite communauté, que de la rendre indemne de toutes les charges grevant cette même communauté. Et c'est, en réalité, tout ce qui semble résulter des articles 1492 et 1494 du Code Napoléon :

« La femme qui renonce, dit l'article 1492, perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef...

« La femme renonçante, ajoute l'article 1494, est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers... »

Mais la jurisprudence est allée plus loin : elle a introduit une fiction légale, au moyen de laquelle la femme qui renonce est présumée n'avoir jamais été en communauté avec son mari; d'où elle a conclu, par la puissance rétroactive de cette fiction, que les biens de la communauté (pour concentrer la question sur le point qui nous occupe) devant être réputés *biens du mari*, demeurent soumis à l'hypothèque légale de la femme, qui peut, de la sorte, s'exercer, par application des articles 2121 et 2122 du Code Napoléon, sur les conquêts même aliénés pendant le mariage :

« Attendu, dit la Cour de Cassation, dans un arrêt, qu'aux termes de ces articles (2121 et 2122), tous les biens, présents et à venir, du mari sont soumis à l'hypothèque légale de la femme; que du nombre de ces biens sont les conquêts de la communauté, puisque la moitié en appartient actuellement au mari, et que l'autre moitié peut lui appartenir éventuellement, si la femme n'accepte point la communauté; que, par une suite, ils sont légalement affectés aux reprises de la femme, en cas de renonciation; qu'aucune loi n'excepte de cette affectation les conquêts aliénés par le mari pendant la communauté; qu'on ne peut, par conséquent, les en excepter, sans violer ces mêmes articles; que, si le mari a le droit de vendre cette espèce de biens, pendant la communauté, sans le consentement de sa femme, il ne s'ensuit point que, si elle renonce,

[1] *De la Communauté*, n° 737.

Digitized by Google

elle ne puisse exercer son hypothèque sur ceux qu'il a aliénés avant sa dissolution, à moins que les acquéreurs ne l'aient purgée par les voies légales ; qu'en effet, le droit du mari, à cet égard, est essentiellement subordonné à celui que l'article 1453 donne à la femme de renoncer à la communauté, si mieux elle n'aime l'accepter; qu'il suit nécessairement de cet article qu'en cas de renonciation, les actes faits par le mari, pendant la communauté, lui demeurent exclusivement personnels, et ne peuvent, conséquemment, faire obstacle à l'hypothèque de la femme ni à son exercice; que le système contraire exposerait la femme à perdre ses reprises, etc. »

Les mots de *fiction légale* ne sont point écrits dans cet arrêt; mais la chose s'y trouve, si les mots n'y sont pas. Comment pourrait-il se faire, autrement, et si l'on ne donnait pas à la renonciation de la femme un effet rétroactif, qu'on pût déclarer *biens du mari,* pour les soumettre à l'hypothèque légale, des conquêts aliénés par lui durant l'existence de la communauté, et qui ne sont plus dans ses mains au moment de la dissolution?

La jurisprudence nouvelle n'a fait que suivre, d'ailleurs, à cet égard, les errements de l'ancienne. Je remonte encore jusqu'à Derenusson pour établir ce point.

« On demande, dit-il, lorsque la femme ou ses heritiers renoncent à la communauté, si les acquests que le mary a faits pendant la communauté, et qu'il a depuis revendus pendant la communauté, sont hipotequez aux deniers dotaux de la femme, à son douaire et à ses autres conventions, et si la femme peut troubler l'acquereur et le faire assigner en declaration d'hipoteque?....

« L'acquereur pourra dire que le mary est maistre de la communauté, qu'il a la liberté de revendre ce qu'il a acquis pendant la communauté; les deniers qui ont esté tirez de la communauté pour faire l'acquisition rentrent dans la communauté par la revente de la chose acquise; il la faut considerer comme si elle n'avoit point esté acquise; elle sort de la com-

[1] Cass., 9 novembre 1819, aff. *Adam; Jurispr. gén.*, 2e édit., v° *Priv. et hyp.*, n° 928.

La jurisprudence, comme je l'ai dit plus haut, n'a pas varié depuis. V. les arrêts cités au même numéro et aux deux suivants, et dans la *Table alphab.* de Dalloz (1845 à 1867), v° *Hyp. lég.*, art. 1. § 4.

Digitized by Google

munauté libre et en même estat qu'elle y estoit entrée : la femme, en cela, n'a souffert aucun prejudice; cela s'est fait dans un temps qu'elle estoit en communauté de biens avec son mary. Il estoit incertain si elle accepteroit la communauté, ou si elle y renonceroit; et, quand la dissolution de la communauté arrive et qu'elle y renonce, on doit considerer le temps de la dissolution. La chose acquise par le mary pendant la communauté, et par luy revendue pareillement pendant la communauté, n'est plus censée le bien de la communauté; il n'y a que ce qui est existant et en la possession du mary, au temps de la dissolution de la communauté; par conséquent que l'heritage acquis par le mary pendant la communauté, qui a esté par luy revendu pendant la communauté, demeure libre comme il estoit auparavant qu'il eut esté acquis, et que la femme ne peut troubler l'acquereur ni le faire assigner en declaration d'hipoteque. »

Ces raisons ne manquent pas de force assurément; toutefois l'auteur ajoute :

« Néanmoins il est plus raisonnable de dire que la femme peut agir contre l'acquereur, et qu'elle est bien fondée à demander que l'heritage qu'il possede soit declaré affecté et hipotequé à ses deniers dotaux, à son douaire et à ses autres conventions matrimoniales. La raison est que la femme a hipoteque, pour ses deniers dotaux et autres conventions matrimoniales, sur les biens du mary presens et futurs, et son hipoteque est acquise du jour de son contrat de mariage. Si, depuis le contrat de mariage, le mary acquiert des heritages, ils sont hipotequez à la femme, elle a la faculté d'accepter la communauté ou d'y renoncer, et, en y renonçant, elle est en droit de poursuivre le payement de ses deniers dotaux et de ses autres conventions sur tous les biens qui luy ont esté hipotequez. L'hipoteque est un droit réel inherent à la chose : lorsqu'une hipoteque est acquise sur un heritage, elle suit toujours l'heritage, quoiqu'il change de possesseur. C'est pourquoy il est raisonnable de conclurre que la femme est bien fondée, et que l'acquereur ne peut pas empêcher que l'heritage ne soit déclaré affecté et hipotequé aux deniers dotaux de la femme et à ses autres conventions matrimoniales [1]. »

[1] *Traité de la communauté*, 2e part., ch. III, nos 42 et suiv., p. 325. —

Digitized by Google

Mais si la renonciation de la femme à la communauté peut avoir cet effet de faire réputer biens du mari, *ab initio*, les biens de la communauté, et de rendre la femme étrangère à tous les actes du mari concernant ces biens, il en est autrement de son acceptation. La femme, par cette acceptation, se rend propres tous les actes faits par le mari absolument comme si elle avait été présente à ces actes, comme si elle y avait stipulé; elle est obligée, par conséquent, de respecter les aliénations que le mari a pu faire, durant la communauté, des biens de cette communauté, ou les hypothèques qu'il a consenties sur ces biens : c'est un point de doctrine incontestable.

« Une femme qui a accepté la communauté, dit Pothier, étant censée avoir fait, en sa qualité de commune, tout ce que son mari a fait, durant la communauté, en sa qualité de chef de la communauté, comme nous l'avons vu *suprà*, Part. 2; le mari ayant, durant la communauté, en sa qualité de chef de la communauté, hypothéqué à ses créanciers tous les conquêts de la communauté, sa femme est censée, en sa qualité de commune, les avoir elle-même hypothéqués pour la part qu'elle y aurait par le partage de la communauté [1]. »

A quel titre pourrait-elle donc, revenant sur des actes d'aliénation ou d'hypothèque auxquels elle est réputée avoir été partie, se prétendre préférable au créancier hypothécaire ou à l'acquéreur?

C'est, dit-on, parce qu'elle réunit en sa personne deux qualités : la qualité de femme commune et celle de créancière de son mari pour le montant de ses reprises : l'une de ces qualités n'est pas exclusive de l'autre. Or, à titre de femme commune, elle ne peut être obligée au delà de son émolument; et, dès qu'elle n'a, comme on le suppose, retiré de la communauté, qui s'est trouvée mauvaise, aucun émolument, son titre de créancière lui reste, garanti par la priorité de son hypothèque légale, qui remonte, pour le recouvrement de sa dot au moins et ses autres conventions matrimoniales, au jour du mariage (C. Nap. 2135).

Conf. Bacquet, *Des droits de justice*, ch. XV, n° 42; Lebrun, *Traité de la communauté*, livre III, ch. II, sect. II, Dist. 5, n°s 85 et suiv., p. 501, éd. de 1734; Duplessis, sur la Coutume de Paris, *Traité de la communauté des biens*, liv. II, ch. V.

[1] *De la Communauté*, n° 752.

Digitized by Google

C'est bien là l'argument que produisent, en particulier, M. Gauthier, dans son *Traité de la subrogation de personnes*, et M. Bertault, professeur à la Faculté de droit de Caen, dans un opuscule intitulé : *De l'hypothèque légale sur les conquêts.* Pour ne pas encourir le reproche de dénaturer l'argument ou de l'affaiblir, citons chacun de ces auteurs :

« Dans le cas où la femme se présente, dit M. Gauthier, au n° 595, non pas en sa qualité de commune, mais comme créancière, pour se faire payer de ses reprises sur les biens de la communauté, il ne faut pas oublier que son acceptation ne l'a pas obligée *ultra vires*, mais seulement jusqu'à concurrence de son émolument; qu'elle est dans une position analogue à celle de l'héritier bénéficiaire; que, de même que celui-ci ne confond pas ses biens avec ceux de l'hérédité, de même aussi elle ne confond pas ses biens avec ceux de la communauté. On ne peut donc opposer à la femme créancière son acceptation pour faire payer, avant elle, les créanciers de la communauté.

« Sans doute, elle ne pourra contester la validité des hypothèques consenties par le mari sur les biens de la communauté, comme chef de cette communauté; car, soit qu'on veuille considérer celui-ci comme propriétaire ou comme le gérant de la société conjugale, la loi lui donnait expressément le droit d'hypothéquer ces biens. Mais, ce qu'on ne doit pas perdre de vue, elle n'est pas obligée personnellement, par le fait du mari, envers les créanciers sociaux, comme le serait un associé ordinaire par le fait de l'associé gérant. Elle peut donc toujours, sans contester le droit hypothécaire du créancier, revendiquer elle-même, comme créancière, la priorité de date attachée à son hypothèque légale, et elle ne saurait être repoussée par l'exception de garantie, du moment où elle n'a rien promis à ce créancier et où elle est restée étrangère à l'obligation du mari. »

Tous ces raisonnements sont d'une exactitude parfaite, lorsqu'il s'agit des biens propres du mari; mais ils sont, qu'on me permette de le dire, à côté de la question, lorsqu'il s'agit des biens de la communauté; car ce qu'il faudrait prouver, avant tout, c'est que les conquêts, en tant que biens de la communauté, et avant qu'ils soient devenus la propriété du mari, sont soumis à l'hypothèque légale de la femme. Qu'il en soit ainsi lorsque la femme a renoncé à la communauté, j'en ai

Digitized by Google

donné la raison : c'est parce que la femme, par sa renonciation, devient étrangère à la communauté, qu'il n'y a plus de communauté, à proprement parler, et que les biens de cette communauté sont réputés, *ab initio*, biens du mari. Mais, quand la femme accepte la communauté, il y a, à côté des époux, un être moral, qui a son individualité propre, et dont les biens ne sont ni ceux du mari, ni ceux de la femme, tant qu'un partage n'est pas intervenu entre eux. Or l'art. 2121 ne fait porter l'hypothèque légale de la femme que sur les *biens du mari;* elle ne l'étend pas aux biens de la communauté.

En faisant de la communauté un être abstrait, en lui donnant une personnalité distincte de celle des époux, je ne fais que me conformer au langage employé par la plupart des auteurs[1] et par le Code lui-même, notamment dans les articles 1473 et 1495.

Je sais bien que d'autres auteurs rejettent cette qualification d'être moral, de personne civile, attribuée à la communauté conjugale[2]; mais, dans ce système même, il faudra dire que les biens de la communauté, tant qu'elle dure, sont la propriété commune du mari et de la femme, et que ce ne sera qu'après sa dissolution, et par l'événement du partage, qu'on connaîtra quels sont, parmi ces biens, ceux qui appartiennent à la femme et ceux qui sont la propriété exclusive du mari (C. Nap. 1476 et 883); en sorte qu'il n'y aura de soumis à l'hypothèque légale de la femme, conformément à l'article 2121 précité, que les biens tombés dans le lot du mari.

M. Taulier, selon moi, a tort de dire que, « lorsque les acquêts n'ont pas été aliénés, ils doivent être considérés, quoi-

[1] V. notamment Delvincourt, t. III, p. 18, éd. 1834; Duranton, t. XIV, n° 96; Proudhon, *Usufr.*, t. I, n° 279, Troplong, *Contr. de mar.*, t. III, *passim* et n° 1674; Duvergier, *Société*, n°s 381 et suiv.; Delangle, *Sociétés comm.*, t. I, n°s 14 et s.. V. aussi Marcadé, sur les articles 1401 à 1403, n° 1, t. V, p. 429, éd. 1851.

Pothier, qu'on est toujours heureux de pouvoir citer, dit également que, « l'universalité des biens immeubles de la communauté étant quelque chose de distingué, par l'entendement, des individus qui la composent, cette part dans l'universalité n'a jamais été une part déterminée à aucun des individus qui la composaient, etc. » (*De la Commun.*, n° 713.)

[2] Toullier, t. XII, n° 82; Zachariæ, t. IV, § 505, et ses annotateurs, Aubry et Rau, note 2, p. 237, 3e éd.; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, t. I, n° 296; Pont, *Priv. et hyp.*, n° 521; Odier, *Contr. de mar.*, t. I, n° 210.

Digitized by Google

que soumis au partage, comme personnels au mari qui a la propriété de la communauté ; qu'alors ces acquêts sont sujets à une hypothèque légale dont la femme peut être intéressée à se prévaloir[1] ». Je lui réponds, avec M. Troplong, que, « dans cet état transitoire où la communauté est dissoute de droit et où elle n'est pas encore partagée, il faut, cependant, reconnaître qu'elle subsiste encore pour la liquidation[2]. » Cette fiction légale, qui proroge l'existence de l'être moral jusqu'à la liquidation, est un principe de droit généralement reconnu. Elle est une conséquence des effets que la loi attache au partage de faire réputer le copartageant seul propriétaire, *ab initio*, des biens que le partage a fait tomber dans son lot (C. Nap. 883).

« Il semble, dit M. Dalloz, à propos des sociétés commerciales, que, du moment où une société est dissoute, sa personnalité distincte cesse immédiatement d'exister, et qu'à la place de l'être moral qu'elle constituait, il ne reste plus que des individus en état d'indivision. Cela est vrai en principe ; et toutefois, en vertu d'une fiction créée par l'usage commercial, tant que dure la liquidation, cette société est considérée comme ayant conservé une certaine existence partielle relative. Elle ne subsiste plus pour les opérations en vue desquelles elle avait été constituée, pour vendre, acheter, faire le commerce ; mais elle subsiste pour régler ses affaires et se liquider. C'est ce qu'on exprime par cette formule, si fréquemment employée, que *la société ne subsiste plus que pour sa liquidation*[3]. »

Qu'objecte ensuite M. Bertauld ?

Pothier enseigne que, « par l'acceptation de la communauté, la femme ou ses héritiers deviennent débiteurs, pour la part qu'ils ont dans la communauté, de toutes les dettes de la communauté ; que la femme qui a accepté la communauté, ou dont les héritiers l'ont acceptée, est censée les avoir contractées, en sa qualité de commune, conjointement avec son mari, lorsque son mari, qui était le chef de la communauté,

[1] *Théor. raisonn. du Code civil*, t. VII, p. 311.

[2] *Contr. de mar.*, t. III, n° 1609.

[3] *Jurispr. gén.*, 2e éd., v° *Société*, n° 1014. Conf. MM. Frémery, p. 69, note 5 ; Troplong, n° 1004 ; Bédarride, n°s 480 et suiv., cités par Dalloz.

Digitized by Google

les a contractées ; que, néanmoins, les Coutumes (et c'est aussi ce que fait notre Code dans l'article 1483) accordent à la femme et à ses héritiers, lorsqu'ils ont accepté la communauté, le bénéfice de n'être tenus, pour leur part des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé [1]. »

M. Bertauld, au n° 21 de l'opuscule cité, et je m'en étonne, paraît contester ce principe.

« Si l'acceptation de la femme, dit-il, avait cette portée rétroactive et la rendait individuellement partie à chacun des actes du chef de la communauté, elle serait censée avoir parlé à toutes les obligations contractées par le mari comme gérant, et, par suite, elle serait toujours sous le coup de l'article 1487 ; elle ne pourrait jamais, bien qu'elle fît rédiger un bon et loyal inventaire, invoquer l'article 1483, qui, sous cette condition, ne la déclare tenue des dettes sociales que jusqu'à concurrence de son émolument. L'acceptation de la femme ne saurait avoir, en ce qui concerne l'hypothèque, plus d'influence qu'elle n'en a relativement aux obligations du mari, dont elle ne fait point, par une exorbitante fiction, l'œuvre des époux. La femme, en acceptant, s'engage à acquitter une certaine contribution dans la dette hypothécaire, comme dans la dette chirographaire, voilà tout. »

Si le créancier hypothécaire, qui veut se faire préférer à la femme sur le prix de l'immeuble de communauté qui lui a été hypothéqué, demandait à celle-ci, qu'on suppose n'avoir retiré de la communauté aucun émolument, de contribuer, pour une part quelconque, au payement de la dette hypothécaire, M. Bertauld aurait raison : la femme lui opposerait un refus péremptoire, non pas, comme le pense l'auteur, en raison de la non-rétroactivité de son acceptation, mais en se fondant sur l'article 1483, qui ne veut pas que la femme soit tenue des dettes de la communauté au delà de son émolument. Mais le créancier ne demande à la femme rien de pareil ; ce n'est pas à elle qu'il s'attaque pour être payé, mais à l'immeuble qui est sa garantie, qui n'est pas, encore une fois, l'immeuble du mari, ce qu'il faudrait qu'il fût pour être soumis à l'hypothèque légale de la femme.

[1] *De la Communauté*, n° 548.

Digitized by Google

« La femme commune, poursuit M. Bertauld, aux nos 22 et suivants, qui veut exercer son hypothèque légale sur un conquêt, par préférence au créancier hypothécaire postérieur de la communauté, ne demande pas à anéantir, ni même à entamer le droit de ce dernier ; elle le maintient avec sa valeur propre, elle le respecte ; seulement elle demande à ne pas être condamnée à l'améliorer par le sacrifice de son droit personnel... La femme et le tiers conservent chacun leur rang. Le droit de la femme, comme créancière hypothécaire, n'infirme pas le pouvoir du chef de la société conjugale, mais n'est pas lui-même infirmé par les affectations qui sont l'expression de ce pouvoir. »

Tout cela, je le répète, pourrait être vrai (je n'ai pas, du moins, pour ma thèse, d'intérêt à le contester), si les conquêts, au cas d'acceptation de la communauté, étaient, comme les biens propres du mari, soumis à l'hypothèque légale de la femme : *quod est probandum.* Où est le texte qui le dise? et, à défaut de texte, de quel principe le fait-on dériver? D'un principe faux, qui tend à confondre, dans leurs effets, deux choses essentiellement différentes, la renonciation et l'acceptation : la renonciation, qui fait abstraction de la communauté; l'acceptation, qui en suppose, au contraire, l'existence; la renonciation, qui transporte rétroactivement au mari les biens d'une communauté qui n'existe plus, qui est réputée n'avoir jamais existé; l'acceptation, qui maintient, au contraire, distincts et séparés, le domaine de la communauté et le domaine propre des époux.

M. Bertauld invoque, ensuite, l'autorité de Pothier, dont j'ai moi-même cité le passage, puis il ajoute, au n° 25 :

« La doctrine de Pothier se réduit à ceci : L'associé, qui a une hypothèque sur les immeubles sociaux, ne perd pas cette hypothèque parce que le gérant de cette association, agissant dans les limites de son mandat, a ultérieurement affecté les mêmes immeubles à des tiers... »

Sans doute; mais il est, toutefois, à remarquer que son hypothéque ne peut porter que sur les parts de ses associés dans la chose commune, à cause de la règle : *res sua nemini pignori esse potest.* Dans l'opinion donc de ceux qui, ne tenant aucun compte de ce fait que la communauté, tant qu'elle subsiste, et jusqu'à sa liquidation, a une personnalité distincte de celle des

Digitized by Google

époux, veulent que les immeubles de la communauté soient passibles de l'hypothèque légale de la femme comme s'ils étaient, d'ores et déjà, biens du mari, il faudrait au moins restreindre cette hypothèque à la part éventuelle du mari dans ces immeubles, c'est-à-dire à la moitié, puisque la femme, par son acceptation de la communauté, est devenue propriétaire éventuelle de l'autre moitié. C'est une réserve à laquelle Pothier lui-même n'a pas songé.

« Toutes les objections, dit enfin M. Bertauld, dirigées contre l'hypothèque légale de la femme acceptante sur les conquêts, nous paraissent s'appliquer à l'exercice de cette hypothèque sur les propres, quand elle est en concours avec des créanciers hypothécaires de la communauté : or, personne n'oserait soutenir que l'acceptation enlève à la femme son hypothèque légale sur les immeubles de son mari. »

A même argument, même réponse. Vous partez toujours, dirai-je, de la supposition que les biens de la communauté, avant qu'ils soient devenus biens du mari par le partage, sont, comme les propres de ce dernier, soumis à l'hypothèque légale de la femme acceptante : prouvez donc, d'abord, ce point, qui est en opposition avec l'article 2121 du Code Napoléon.

M. Bertauld, au n° 27, veut bien convenir, pourtant, que, si la femme avait participé à la convention constitutive de l'hypothèque du créancier sur les conquêts, elle aurait perdu, par là, le droit d'opposer à ce créancier son hypothèque légale. Mais pourquoi? dit-il. Parce qu'elle s'en est dessaisie, parce qu'elle est réputée avoir voulu immoler son droit à la consolidation, à l'amélioration du droit qu'elle concourait à former : elle est présumée, en un mot, avoir renoncé à son hypothèque légale, au moins à l'égard de ce créancier.

Je pourrais m'emparer de la concession pour dire, avec Pothier, que, « la femme, qui a accepté la communauté, étant censée avoir fait, en sa qualité de commune, tout ce que son mari a fait, durant la communauté, en sa qualité de chef de la communauté, » son acceptation *ex post facto* équivaut à une participation directe à l'acte constitutif de l'hypothèque du créancier sur les conquêts; qu'elle en est au moins la ratification. Mais ce serait concéder que la femme, avant le partage, a hypothèque sur ces conquêts, et je fais de la thèse contraire le pivot de ma discussion.

Digitized by Google

Il n'en est pas moins vrai, pourtant, qu'en principe, l'acceptation de la communauté par la femme produit le même effet, relativement aux biens de la communauté, que si elle s'était obligée conjointement avec son mari; d'où il suit que, si le mari, par exemple, a vendu ou hypothéqué un immeuble de la communauté, la femme se trouve obligée, comme lui, à la garantie de l'acquéreur ou du créancier hypothécaire; non pas, il est vrai, sur ses biens personnels, comme si elle avait été, de fait, présente à l'acte et y avait stipulé, mais sur sa part dans la communauté, et seulement jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en a retiré. C'est la seule différence (et elle est grande) qui existe entre les deux cas; différence provenant de ce que, dans l'un, comme le dit Pothier, elle agit seulement comme femme commune, tandis que, dans l'autre, elle agit en son nom propre.

Soit! me dira-t-on : la femme doit sa garantie; mais elle ne la doit que sur sa part dans la communauté, et jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en retire. Or la communauté s'est trouvée mauvaise, elle n'en a rien retiré; donc toute garantie, de sa part, s'évanouit, et disparaît, par conséquent, avec cette garantie, l'obstacle qui s'opposait à l'exercice de son hypothèque légale.

Je réponds que la garantie que doit la femme à l'acquéreur ou au créancier hypothécaire ne consiste pas seulement dans l'obligation, pour la femme, de payer, sur sa part dans la communauté, sa part dans la dette commune; elle consiste dans l'obligation tacite qu'elle a prise, par son acceptation de la communauté, de ne pas troubler l'acquéreur ou le créancier hypothécaire dans l'exercice des droits qui lui ont été conférés sur l'immeuble. Or sa prétention d'évincer l'acquéreur, ou de se faire préférer, dans l'ordre, au créancier hypothécaire, en vertu de son hypothèque légale, est en contradiction manifeste avec cette obligation.

Répondrai-je, maintenant, à l'objection tirée de la position identique de la femme qui a accepté la communauté avec celle de l'héritier bénéficiaire, lequel conserve, nonobstant son acceptation de la succession, le droit de réclamer contre elle le payement de ses créances (C. Nap. 802)?

Mais, d'abord, la question n'est pas de savoir si la femme acceptante a, comme l'héritier bénéficiaire, le droit de se

Digitized by Google

faire payer, sur les biens de la communauté, lorsqu'elle n'en a rien retiré, ou après épuisement de l'émolument qu'elle en a recueilli, du montant de ses reprises : personne ne lui conteste ce droit, implicitement contenu dans l'article 1483. La question est de savoir si elle jouit d'une hypothèque légale pour se faire payer, sur ces biens, avant qu'ils soient devenus la propriété du mari, par préférence aux autres créanciers, et particulièrement aux créanciers à qui des hypothèques ont été conférées par le mari sur ces mêmes biens, pendant l'existence de la communauté?

Remarquons même, par rapport à ce dernier ordre de créanciers, que la situation de la femme est loin d'être identique avec celle de l'héritier bénéficiaire; car on ne peut pas dire de ce dernier, comme de la femme, au moins dans un sens aussi absolu, qu'il est réputé, par son acceptation, avoir été partie dans les contrats hypothécaires consentis par son auteur, et tenu, par suite, comme celui-ci, de garantir les créanciers de tous troubles provenant de son fait. Dans la société conjugale, la femme, à ne considérer même que le point de vue juridique, est rattachée au mari par un lien plus étroit que ne l'est l'héritier sous bénéfice d'inventaire à celui dont il a appréhendé la succession, sous les restrictions propres à ce régime.

Je crois inutile de pousser plus loin cette discussion théorique, car elle tournerait toujours dans le même cercle.

Il est digne de remarque que, des anciens auteurs qui ont fait des Traités spéciaux sur la Communauté de biens entre époux, Derenusson, Lebrun, Pothier, Duplessis (sur la Coutume de Paris), Pothier soit le seul qui ait accordé à la femme, détentrice de conquêts hypothéqués à des créanciers qui agissent contre elle par la voie hypothécaire, le droit d'être préférée à ces créanciers, à raison de son hypothèque légale, sans distinction entre la femme qui a accepté la communauté et celle qui y a renoncé, quand les autres ne parlent que de la femme renonçante.

On cite, cependant, dans le sens de l'opinion émise par Pothier, un passage de Bacquet et un autre de Bourjon qui ne me semblent explicites ni l'un ni l'autre.

Voici le passage de Bacquet :

« Combien qu'il (le mary) ait la libre disposition des conquests, et, tout ainsi qu'il les a achetez et acquis, il les puisse

Digitized by Google

vendre et aliener, toutefois ledit mary, par son contrat de mariage, ayant obligé tous et chacun ses biens, presens et advenir, au payement et satisfaction du douaire et conventions matrimoniales de sa femme, il ne peut aliener lesdits conquests, non plus que ses propres et acquests, sans le droit d'hypoteque créé à sa femme, dès l'instant que lesdits conquests ont esté faits, et qu'ils ont esté entre les biens de son mary. Autrement la femme serait de pire condition que les autres creanciers hypotequaires. Pour cette cause, les acquereurs desdits conquests ou des propres et acquests du mary, bien avisez, stipulent la renonciation de la femme à son douaire et autres conventions matrimoniales; et ainsi est observé[1]. »

Je ne nie point que les conquêts ne soient éventuellement affectés à l'hypothèque légale de la femme, et que l'hypothèque ne doive avoir effet sur tous les conquêts, quand la femme renonce à la communauté, et sur ceux de ces conquêts seulement qui, par le partage, échoient au mari, quand elle l'accepte; et Bacquet ne dit pas autre chose. La réflexion qu'il fait que, sans cette hypothèque, la femme serait de pire condition que les autres créanciers hypothécaires, est juste; et le conseil qu'il donne à ces créanciers de stipuler la renonciation de la femme à son douaire et autres conventions matrimoniales, c'est-à-dire d'exiger qu'elle s'oblige personnellement envers eux, est une précaution utile à prendre contre les effets de la renonciation éventuelle de la femme à la communauté.

Bourjon ne s'exprime pas autrement que Bacquet :

« Elle (la femme), dit-il, a hypothèque sur les immeubles de son mari, du jour de son contrat de mariage; c'est son titre qui est commun à toutes ses reprises, même pour ce qui lui est échu depuis, puisque c'est ce titre qui en fonde la répétition;... hypothèque qui a lieu même sur les conquêts; et c'est en vain, à cet égard, que quelques-uns opposent que la Coutume constitue le mari maître des conquêts, et que c'est affaiblir cette puissance que de faire influer l'hypothèque de la femme sur iceux, cette puissance ne s'entendant que relativement aux droits de la femme sur la communauté, et non par rapport à ses autres droits et créances : soutenir le contraire, c'est vouloir ajouter à la Coutume et changer sa disposition; ce qui est

[1] *Traité des droits de justice*, ch. XV, n° 42, t. I, p. 121, éd. de 1744.

Digitized by Google

d'autant plus incontestable que les conquêts ont souvent été acquis avec les deniers dotaux de la femme [1]. »

On est plus exact, en joignant à l'autorité de Pothier celle de Prevôt de la Jannès, conseiller, comme lui, au Présidial d'Orléans, et, comme lui, professeur de droit en l'Université de cette ville. Il semble même que Pothier n'ait fait que reproduire, et presque dans les mêmes termes, l'opinion de Prévôt de la Jannès, qui écrivait avant lui.

Voici, en effet, de quelle manière s'exprime ce dernier :

« Lorsque la femme, dit-il, poursuivie par un créancier de la communauté, justifie avoir payé à d'autres créanciers une somme égale au bien qui lui en est revenu, elle doit être déchargée de la demande. Si elle a payé moins, elle sera condamnée seulement à payer l'excédant, et elle y peut être contrainte sur ses propres biens : le créancier se pourvoira, pour le surplus, contre la succession du mari.

« Si, néanmoins, c'était un créancier hypothécaire, il pourrait toujours agir hypothécairement (Orléans, art. 188), non pas seulement pour la moitié, mais pour le total même de la dette, contre la femme qui posséderait des conquêts, sauf à elle (Orléans, art. 189) son recours contre la succession de son mari. Il le pourrait, dis-je, à moins que la femme, soit de son chef, soit du chef des créanciers qu'elle a déjà payés, ne fût antérieure en hypothèque à ce créancier pour des sommes qui surpassent la valeur des conquêts qu'elle possède [2]. »

Parmi les auteurs modernes, je ne vois, jusqu'ici, que M. Pont qui se soit rangé, dans son *Commentaire sur les priviléges et hypothèques* [3], à la doctrine, renouvelée de Pothier, de MM. Gauthier et Bertauld, en abandonnant l'opinion qu'il avait antérieurement professée dans son *Traité du Contrat de mariage*, fait en collaboration avec M. Rodière [4]. Tous les autres et la Jurisprudence, comme on va le voir, sont unanimes pour rejeter cette doctrine.

Citons-en quelques-uns parmi les plus accrédités :

[1] *Le Droit commun de la France*, tit. X, 7e part., sect. X, n° 136, t. I, p. 671, éd. 1770.

[2] *Principes de la jurispr. française*, tit. V, sect. IV, n° 357, t. II, p. 70 et 71, éd. 1759.

[3] Sur l'article 2122, nos 521 et suiv.

[4] T. I, n° 834.

Digitized by Google

« On demande, dit M. Troplong, si l'hypothèque légale et générale de la femme frappe sur les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté, et qu'il a ensuite revendus?

« Pour résoudre cette difficulté, il faut supposer, avant tout, que la femme n'a pas pris part à la vente. Si elle y avait pris part, il est clair qu'elle ne pourrait troubler, par l'action hypothécaire, celui qui aurait le droit de l'actionner en garantie.

« Il faut supposer aussi qu'elle renonce à la communauté. Car, si elle l'accepte, comme le mari est maître de la communauté, et que, comme tel, il a le droit de vendre et d'aliéner sans le consentement de sa femme, il s'ensuit qu'en traitant de son chef, il est censé traiter aussi pour sa femme. Et, dès lors, celle-ci étant la venderesse, est repoussée par la maxime *quem de actione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*[1]. »

Dans son *Commentaire du contrat de mariage*, l'auteur revient sur la question et la développe davantage :

« Pothier enseigne, dit-il, que le créancier doit faire raison à la femme, non-seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur, mais encore de ce qu'elle s'est payé à elle-même pour ses créances sur la communauté, pour lesquelles elle a une hypothèque, du jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur.

« Mais cette opinion paraît en contradiction avec ce que Pothier disait tout à l'heure; elle peut, d'ailleurs, se réfuter par de puissantes considérations.

« ... Est-il vrai, en effet, qu'une femme ait hypothèque légale sur les conquêts d'une communauté qu'elle accepte? Mais est-ce que le mari n'a pas le droit de vendre et d'hypothéquer les conquêts de la communauté (art. 1421), sans devoir à sa femme aucun compte ni dédommagement? Est-ce que la femme peut, sans renoncer, critiquer les ventes et les hypothèques? Est-ce que, si elle pouvait opposer aux acquéreurs, ou aux créanciers hypothécaires, son hypothèque légale, elle ne paralyserait pas le droit du mari?

« Quand le mari aliène ou hypothèque, il fait ces actes tant pour lui que pour sa femme; il représente sa femme qui est partie dans la communauté, et l'acceptation de la femme est

[1] *Priv. et hyp.*, t. II, n° 433 *ter*, 3e éd.

Digitized by Google

une approbation donnée à la vente ou à l'hypothèque; la femme s'approprie l'acte de disposition du mari. Qu'elle renonce, si elle veut; mais, dès l'instant qu'elle accepte, tout devient commun et inébranlable.

« D'ailleurs, continue l'auteur, si l'on veut mieux apercevoir combien il est difficile de donner à la femme une hypothèque légale sur les conquêts, il suffit de considérer que la communauté forme une tierce personne à qui les biens appartiennent, et qu'il ne faut pas dire crûment qu'ils appartiennent au mari. Ils ne deviennent biens du mari que par la renonciation de la femme [1]; mais, si cette renonciation n'a pas lieu, ils ne sont pas biens du mari. Or l'article 2121 n'attribue l'hypothèque légale à la femme que sur les biens du mari. Biens communs, biens de société, les conquêts ont été hypothéqués par celui qui avait droit et pouvoir de le faire, tant pour lui que pour sa femme; l'hypothèque créée par cette constitution est aussi le fait de la femme et milite contre elle [2]. »

Duranton dit pareillement :

« ... Si, comme le dit Pothier lui-même, la femme commune est obligée de souffrir, sur sa portion des conquêts de la communauté, l'exercice des hypothèques que le mari a consenties pendant le mariage, comme ayant tacitement concouru avec lui à leur établissement, la circonstance qu'elle en a une elle-même, à raison de quelque reprise ou indemnité, doit être indifférente; elle doit même souffrir que les tiers créanciers exercent la leur par préférence à la sienne, et, pour cela il ne faut pas qu'elle prétende se payer sur la valeur des conquêts à elle échus, avant ces mêmes créanciers. Les deux décisions de Pothier nous paraissent donc se contredire, et nous préférons incontestablement la première. Du moins il nous semble que la femme, en sa qualité de commune, devrait être garante des effets de l'hypothèque du tiers pour sa part, et, par conséquent, devrait être déclarée non recevable pour cette part, dans la retenue qu'elle voudrait faire [3]. »

Marcadé va plus loin : il refuse absolument toute hypothèque à la femme, qui a accepté la communauté, sur les con-

[1] Ou par le partage.

[2] *Contrat de mariage*, t. III, n° 1646. V. aussi n° 1800.

[3] *Cours de droit français*, t. XIV, n° 503. V. aussi t. XIX, n° 329.

Digitized by Google

quêts, et veut que les créanciers de la communauté, simples chirographaires, viennent, sur ces biens, en concurrence avec elle.

« A quelque point de vue qu'on se place, dit-il, la femme ne peut jamais avoir un pareil droit (celui de prélever, pour ses reprises, des biens communs, au préjudice de l'action des créanciers de la communauté sur ces biens). Si on la considère en tant que *propriétaire*, elle ne l'est que comme femme commune, elle ne reprend le bien que comme bien commun, et ce bien demeure, dès lors, le gage des créanciers de la communauté. Si on la considère en tant que *créancière* de la communauté, les autres créanciers ont un droit semblable au sien; elle n'a, vis-à-vis d'eux, aucune cause de préférence, et elle ne peut venir à payement que concurremment avec les autres créanciers. Et il en est ainsi pour les immeubles de la communauté, aussi bien que pour les meubles, sans qu'on puisse opposer pour eux l'hypothèque légale de la femme, malgré les décisions de Pothier (n° 747), de M. Zachariæ (III, p. 456) et d'un arrêt d'Angers (du 2 déc. 1830); car, à quelque sentiment qu'on s'arrête sur le point de savoir si l'hypothèque de la femme acceptante frappe sur les conquêts que le partage a fait devenir *immeubles du mari*, il est certain que cette hypothèque ne saurait frapper sur ceux qui sont encore *immeubles de la communauté*. L'article 2121 ne donnant l'hypothèque à la femme que sur les immeubles du mari, il est bien impossible de reconnaître l'existence de cette hypothèque sur des biens qui, par l'effet du partage, peuvent devenir, au contraire, biens de la femme elle-même. C'est un point reconnu par M. Troplong lui-même comme par les autres auteurs[1]. »

Zachariæ, que cite Marcadé, est, sur la question spéciale, du même sentiment que MM. Troplong et Duranton :

« L'acceptation de la communauté, dit-il, produit une situation toute différente (de celle de la renonciation). La femme qui accepte étant censée avoir toujours été commune en biens, et avoir été ainsi représentée par son mari dans tous les actes d'administration ou de disposition relatifs aux biens communs, son hypothèque sur les conquêts subit nécessairement

[1] T. V, art, 1472, n° 3.

Digitized by Google

l'influence de sa qualité de commune en biens et des conséquences qui découlent de ces actes. On doit en conclure, d'une part, que la femme, qui a accepté la communauté, n'est pas recevable à exercer son hypothèque légale sur les conquêts aliénés par le mari durant la communauté, et, d'autre part, qu'elle se trouve primée par les hypothèques acquises sur lui pendant le même temps [1]. »

C'est également l'opinion de ses annotateurs, MM. Aubry et Rau [2]; Massé et Vergé [3]; de Persil [4]; de M. Valette [5]; de M. Odier [6], de M. Tessier [7]; de M. Taulier [8]; de M. Mourlon [9].

Si nous passons à la jurisprudence, sous une apparente divergence dans les arrêts, nous trouvons, au fond, la même doctrine.

Dans un premier arrêt, du 16 février 1841, la Cour de cassation décide, en thèse, « que le mari, comme chef de la communauté, est le mandataire légal de la femme, quant aux biens qui la composent, et qu'il suit de là que la femme, *qui ne renonce pas à ladite communauté*, est non recevable à exercer son hypothèque légale sur les acquêts vendus par son mari [10]. »

Dans un autre arrêt de la même Cour, du 4 février 1856, je lis ce considérant :

« Attendu que, si l'hypothèque légale ne peut pas, en cas d'acceptation de la communauté, frapper les conquêts immeubles attribués par le partage à la femme, qui, par une fiction de droit, est censée en avoir toujours été propriétaire, il en est autrement lorsque, *par une renonciation*, les biens de la communauté sont devenus la propriété du mari seul [11]. »

[1] *Cours de droit civil français*, t. II, § 264 *ter*, éd. Aubry et Rau, 1863.
[2] *Ibid.*, note 29.
[3] Massé et Vergé sur Zachariæ, § 644, note 28, t. III, p. 123, éd. 1858.
[4] *Rég. hyp.*, sur l'art. 2121, n° 10, et *Quest.*, t. I, ch. V, § 4, p. 233, 2e éd.
[5] *Priv. et hyp.*, p. 255.
[6] *Contrat de mariage*, t. I, n° 504.
[7] *De la Dot*, t. II, p. 311, n° 135.
[8] *Théorie raisonnée du Code civil*, t. VII, p. 310.
[9] *Répét. écrit.*, sur l'art. 2121, t. III, p. 542, 4e éd., 1856.
[10] Réq., 16 février 1841, affaire veuve *Mandron; Jurispr. gén.*, 2e éd., v° *Contrat de mariage*, n° 2401; D. P., 41, 1, 126; S., 41, 1, 550.
[11] Civ. rej., 4 fév. 1856, affaire veuve *de Clausel;* D. P., 56, 1, 61.

Digitized by Google

Dans un arrêt de la Cour de Lyon, du 7 avril 1854, il est dit :

« Considérant que les immeubles dont le prix est à distribuer sont des acquêts de communauté ; qu'il est de jurisprudence que la femme mariée a hypothèque légale sur les acquêts de communauté, hypothèque qui peut être *éventuellement* exercée par elle sur la totalité des acquêts, lors de la dissolution de la communauté, et *si elle y renonce...* [1]. »

Le principe est plus énergiquement affirmé encore dans un arrêt de la Cour d'Orléans, du 12 juillet de la même année :

« Attendu que, si l'exercice de l'hypothèque légale sur ces mêmes biens (les conquêts), de la part de la femme ou de ses héritiers, après la dissolution de la communauté, implique nécessairement l'obligation d'une *renonciation préalable*, il ne saurait en être de même lorsque l'hypothèque légale est mise en jeu par les créanciers personnels de la femme, subrogés expressément dans ladite hypothèque, et qu'il y a, comme ici, au cours de la communauté, faillite ou déconfiture du mari... [2] »

Voici, enfin, un arrêt de la Cour de Colmar, du 1er mars 1855, où la question se trouve si disertement traitée qu'il faut le citer presque en entier :

« Considérant, y est-il dit,... que la position particulière que la loi a faite aux époux, sous le régime de la communauté, le droit de la propriété indirecte de la femme, d'un côté, les pouvoirs conférés par la loi au mari, de l'autre, ne peuvent se concilier avec l'existence de l'hypothèque légale, durant la communauté, sur les biens qui en dépendent ;

« Considérant que ce n'est qu'à la dissolution de la communauté que les droits des époux sur les biens en dépendant peuvent être déterminés d'une manière précise et définitive ; que, jusqu'à ce moment, le droit éventuel à la propriété distincte et déterminée est resté en suspens ; qu'alors seulement les biens appartenant au mari et ceux appartenant à la femme peuvent être connus et distingués ; que, si la femme renonce à la communauté, elle n'a aucun droit aux biens la composant, qui restent, en totalité, la propriété exclusive du

[1] Lyon, 7 avril 1854, affaire *Brillier ;* Dev., 54, 2, 577.
[2] Orléans, 12 juillet 1854, affaire *Linois ;* Dev., 54, 2, 561.

Digitized by Google

mari, et sont, dès lors, frappés de l'hypothèque légale de la femme; que si, au contraire, la femme ou ses héritiers acceptent, l'hypothèque légale ne peut frapper que les immeubles qui, par suite du partage et de la liquidation de la communauté, sont tombés dans le lot du mari;

« Considérant que, dans ce cas même, l'hypothèque légale de la femme ne peut préjudicier aux droits d'hypothèque ou autres conférés par le mari à des tiers pendant la communauté;

« Considérant, en effet, que le mari, administrateur légal de la communauté, en vendant ou hypothéquant les biens de cette communauté acceptée par la femme, est censé le mandataire de celle-ci; qu'il a agi tant pour elle que pour lui-même; qu'elle ne peut donc invoquer son hypothèque légale au détriment d'actes qu'elle est réputée avoir souscrits elle-même; que, d'autre part, au moment où les actes ont pris naissance durant la communauté, l'hypothèque légale ne pouvait frapper les immeubles qui alors n'étaient pas la propriété exclusive et irrévocable du mari; que l'hypothèque, conférée à des tiers, dans ces circonstances, avec le pouvoir que la loi donne au mari, les droits de la femme limités par ce même pouvoir, et son concours légalement présumé, est incompatible avec l'existence de l'hypothèque légale... [1]. »

Faut-il considérer comme étant en opposition avec cette jurisprudence un arrêt de rejet du 28 juin 1847, d'après lequel la femme, *mariée sous le régime dotal,* avec stipulation d'une société d'acquêts, peut, nonobstant son acceptation de ladite société d'acquêts, exercer son hypothèque légale, pour le recouvrement de sa dot, sur des immeubles dépendant de cette société, au préjudice de créanciers inscrits sur ces mêmes immeubles et envers lesquels elle s'est obligée solidairement avec son mari?

Pour apprécier sainement cette décision, précisons les faits dans lesquels elle est intervenue.

Une dame Mutrel, mariée, en 1817, sous le régime dotal, avec stipulation d'une société d'acquêts, décède en 1840, laissant pour héritiers deux fils majeurs. Durant le mariage, les époux avaient acquis un moulin et une pièce de terre,

[1] Colmar, 1er mars 1855, affaire *Mérian;* D. P., 57, 2, 37.

Digitized by Google

moyennant 14,000 francs, et des inscriptions avaient été prises sur ces immeubles par divers créanciers, en vertu d'obligations solidaires contractées par le mari et par la femme. En 1841, Mutrel père et ses fils, avant toute liquidation de la société d'acquêts, vendirent conjointement le moulin et la pièce de terre, et les fils Mutrel se présentèrent à l'ordre pour y faire valoir l'hypothèque légale de leur mère, et se faire colloquer, pour le montant de la dot de celle-ci, antérieurement aux autres créanciers inscrits. Ceux-ci contestèrent et prétendirent qu'en vendant, conjointement avec leur père, les biens dépendant de la société d'acquêts, les enfants Mutrel avaient virtuellement accepté ladite société, et ne pouvaient exercer aucune reprise sur ces biens avant l'entier acquittement des dettes grevant cette même société.

Cette prétention fut repoussée par un jugement du tribunal civil de Dieppe, confirmé par arrêt de la Cour de Rouen du 29 mai 1843; et le pourvoi, formé contre cet arrêt par les créanciers, et porté devant la chambre civile, fut rejeté par les motifs suivants :

« Attendu que l'hypothèque légale de la femme frappe sur tous les biens, présents et à venir, du mari; que les biens à venir se composent de tous ceux que le mari acquiert, pendant le mariage, par donation, succession, ou actes quelconques à titre onéreux; que, lorsque la femme a adopté le régime dotal, sa dot mobilière et immobilière est inaliénable pendant le mariage; qu'il suit de ce principe que les obligations qu'elle a contractées, avec le consentement de son mari, ne peuvent faire obstacle à ce qu'elle fasse valoir son hypothèque pour le payement de ses reprises et créances dotales;

« Que l'acceptation, expresse ou tacite, de la société d'acquêts par les héritiers de la femme ne leur enlève pas la faculté de faire valoir leurs droits résultant du régime dotal, et ne les oblige que jusqu'à concurrence de leur émolument dans ladite société;... rejette [1]. »

M. Dalloz fait, sur cet arrêt, l'annotation suivante :

« Il résulte d'une jurisprudence très-récente de la Cour de cassation que la femme, mariée sous le régime dotal (ou ses

[1] Civ. rej., 28 juin 1847, affaire veuve *Chouquet* et autres; D. P., 47, 1, 299; Dev., 47, 1, 493; J. P., 47, 2, 631.

Digitized by Google

héritiers), ne peut, par l'effet d'aucune combinaison, arriver à l'aliénation de sa dot, ou, ce qui est assimilé à une aliénation, amoindrir les sûretés qui garantissent le remboursement de cette dot, ni y renoncer. (V. ch. réun., 14 nov. 1846; Civ. cass., 16 déc. 1846; Civ. cass., 30 août 1847; D. P., 47, 1, 27, 17, 293, et les notes qui accompagnent ces arrêts.) — La présente décision semble avoir été conçue dans le même intérêt de conservation de la dot, les acquêts de communauté pouvant être, dans l'espèce, l'unique moyen, pour la femme, de faire valoir son hypothèque légale. »

Et M. Dalloz; a raison car, supposé qu'il ne se fût pas agi de la dot d'une femme mariée sous le régime dotal, la décision, de l'aveu de tout le monde, eût dû être différente, car la femme Mutrel, pour me servir de la locution des anciens auteurs, avait parlé aux hypothèques consenties par le mari sur les biens de la société d'acquêts; elle s'était obligée solidairement avec lui. Je rappelle ce que dit M. Bertauld, au n° 27 de l'opuscule, cité plus haut : « que, si la femme avait participé à la convention constitutive de l'hypothèque du créancier sur les conquêts, elle aurait perdu, par là, le droit d'opposer à ce créancier son hypothèque légale, parce qu'elle s'en est dessaisie, parce qu'elle l'a abdiquée, parce qu'elle est réputée avoir voulu immoler son droit à la consolidation, à l'amélioration du droit qu'elle concourait à former, parce qu'elle est présumée, en un mot, avoir renoncé à son hypothèque légale, au moins à l'égard de ce créancier[1]. »

Il n'y a donc rien à conclure de cet arrêt du 28 juin 1847 contre la jurisprudence résultant des arrêts de 1841 et de 1855.

Je m'explique sur deux autres arrêts, l'un de la Cour d'Angers, l'autre de la Cour de Rouen, qu'on invoque, mais bien à tort, comme on va le voir, dans l'opinion contraire à la mienne.

L'arrêt d'Angers, qui accorde à la femme la faculté de prélever, sur la masse des biens de la communauté, le prix de ses propres aliénés, par préférence aux créanciers *chirographaires*

[1] Et c'est, en effet, ce qui a été jugé par un arrêt de la chambre des requêtes, du 2 mai 1808, affaire *de Joussineau*, cité dans la *Jurispr. gén.* de MM. Dalloz, 2e éd., v° *Priv. et hyp.*, n° 933.

Digitized by Google

de cette communauté, ne juge pas une question d'hypothèque, mais une question de privilége, comme il ressort des faits rapportés par l'arrêtiste et des motifs sur lesquels s'appuie la décision :

« Considérant, dit l'arrêt, que l'article 1470 accorde à l'épouse, ou à ses héritiers, la faculté de prélever, sur la masse des biens de la communauté, le prix de ses immeubles qui ont été aliénés et dont il n'a pas été fait remploi; que cet article constitue, à son profit, un véritable privilége qui lui confère le droit de prélever, avant tous les créanciers, le prix de ses biens aliénés; que ce prélèvement n'est que la représentation de ses propres dont elle n'a pu être dépouillée;

« Considérant que, d'après l'article 1483, la femme, qui a fait faire inventaire, n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument; qu'on ne peut considérer comme émolument que le bénéfice que lui présente la communauté, ses prélèvements opérés; que c'est sur cet émolument que les actions des créanciers doivent s'exercer, et, en cas d'insuffisance, sur les biens du mari;

« Que ces créanciers ne peuvent se plaindre du privilége dont jouit l'épouse, puisque ce privilége était écrit dans la loi, lorsqu'ils ont contracté... [1] »

Que l'arrêt ait bien ou mal jugé, là n'est pas la question; mais il se décide par la doctrine, aujourd'hui abandonnée, des prélèvements de la femme, à titre, non de *créancière*, mais de *propriétaire* [2].

Dans l'arrêt de Rouen, la femme se trouvait en présence d'acquéreurs d'un bien de communauté qui avaient imprudemment payé des créanciers inscrits sur l'immeuble, au mépris de l'hypothèque légale *éventuelle* de la femme, et qui demandaient la mainlevée de cette hypothèque comme ne pouvant exister, au cours du mariage, sur les conquêts. Le tribunal du Havre repousse, à bon droit, cette prétention par les motifs suivants, qui sont adoptés par la Cour de Rouen :

« Attendu qu'une des hypothèques créées par la loi est l'hypothèque légale de la femme; qu'elle affecte d'une manière

[1] Angers, 2 déc. 1830, affaire *Ricordeau* et *Vayer*; Dev., 31, 2, 100.

[2] C'est également une question de prélèvements que juge un arrêt de rejet du 1er août 1848, affaire *Duhoulay*, cité par M. Bertauld; D. P., 48, 1, 189.

Digitized by Google

générale les biens du mari (Code civ. 2121); que, par biens du mari, on doit entendre tous ceux qu'il possède ou possédera, à titre de propriétaire ;

« Attendu que les biens acquis, pendant l'existence de la communanté, sont plutôt, il est vrai, biens de la communauté que biens du mari; mais qu'éventuellement ils peuvent acquérir ce dernier titre, *si la femme renonce à la communauté;* que, d'ailleurs, ils sont, dès le principe, biens du mari pour une moitié; qu'ils peuvent et doivent donc être atteints par l'hypothèque légale de la femme; que la propriété conditionnelle est, comme la propriété pure et simple, susceptible d'hypothèque, sauf les effets de la condition (Code civ. 2135);... qu'il faut donc dire que l'hypothèque légale de la dame Boisnard affecte bien l'immeuble vendu à Lemarcis, et qu'on ne peut en demander la mainlevée... [1] »

De cette discussion je tire les déductions suivantes :

1° Que l'hypothèque légale de la femme ne porte que sur *les biens du mari*;que ceux de la communauté en sont affranchis ;

2° Que, cependant, durant la communauté, les conquêts demeurent *éventuellement* soumis à l'hypothèque légale de la femme, parce qu'il est incertain si, à la dissolution de ladite communauté, elle l'acceptera, ou non; que, par conséquent, si le mari vend, au cours du mariage, un de ces conquêts et que l'acquéreur veuille purger, ou si le mari fait faillite ou tombe en déconfiture, la femme, créancière éventuelle de ce dernier pour ses reprises, pourra se présenter à l'ordre et y réclamer sa collocation *éventuelle*, à la date de son hypothèque légale [2] ;

3° Qu'après la dissolution de la communauté, si la femme l'accepte, elle ne peut exercer son hypothèque légale que sur ceux des conquêts que le partage a attribués à son mari ; que, par suite, si elle laisse vendre un de ces conquêts avant le partage, elle ne peut se présenter à l'ordre pour y réclamer sa collocation, en vertu de son hypothèque légale, l'immeuble

[1] Rouen, 11 mars 1846, affaire *Lemarcis et cons.;* D. P., 46, 2, 182. — Arrêt semblable de la Cour de Bourges du 14 janvier 1840, affaire *Demaringes;* D. P., 40, 2, 91.

[2] Arrêts de la Cour de Bourges du 14 janvier 1840; de la Cour de Rouen du 11 mars 1846; de la Cour de Lyon du 7 avril, et de la Cour d'Orléans du 12 juillet 1854, cités *suprà.*

Digitized by Google

n'ayant pas cessé d'appartenir à la communauté, et le partage seul, ou la licitation qui en tient lieu, pouvant lui enlever ce caractère; que, dans ce cas, elle ne peut se faire payer sur le prix que par concurrence avec les autres créanciers chirographaires du mari [1];

4° Que, dans le cas même où il s'agirait d'un conquêt que le partage aurait fait tomber dans le lot du mari, la femme ne peut exercer son hypothèque légale sur cet immeuble, au préjudice des créanciers auxquels le mari, durant l'existence de la communauté, l'aurait hypothéqué, alors même qu'elle n'aurait retiré de la communauté aucun émolument [2].

Assurément, je suis, autant que personne, jaloux de la conservation de la dot, et partisan déclaré de la maxime : *in dubiis pro dote respondendum*; mais à cet intérêt, si considérable qu'il soit à mes yeux, je ne puis sacrifier un principe de droit, ou au moins ce que je regarde comme tel. Et il me semble, d'ailleurs, que la loi a assez fait pour la femme, qu'elle a suffisamment sauvegardé ses intérêts, en lui accordant, comme remède à la mauvaise administration de son mari, la faculté de renoncer à la communauté, et même, en l'acceptant, de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en retire. Il faut aussi songer à l'intérêt des tiers. Qu'on remarque, d'ailleurs, que décider autrement, ce serait retourner contre la femme le bienfait; car les tiers, avertis, et ne pouvant, d'aucune manière, se mettre à l'abri de l'hypothèque légale, ne voudront plus contracter avec le mari sans exiger l'accession de la femme au contrat,

FLANDIN.

[1] Arrêt de la Cour de Colmar du 1er mars 1855, cité plus haut.
[2] Même arrêt.

Digitized by Google

ENQUÊTE AGRICOLE.

DE LA NÉCESSITÉ DE RATTACHER A L'INSCRIPTION CADASTRALE LA PREUVE DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE.

Par M. Trémoulet,
notaire à Villeneuve-sur-Lot, président de la Chambre des notaires.

Dans la séance du Sénat du 6 avril 1866, à l'occasion d'un rapport de pétitions dont ils demandaient le renvoi au ministre compétent, MM. Tourangin et Bonjean démontrèrent la nécessité de faire servir le cadastre à l'établissement de la preuve de la propriété foncière. M. Bonjean fit valoir à l'appui de puissantes considérations et des faits nombreux et décisifs; il ne put convaincre le Sénat, qui passa à l'ordre du jour.

Il faut cependant bien le reconnaître, il y a dans la constitution de la propriété foncière en France de telles anomalies, qu'il faudra aux plus savants et aux plus érudits de nos arrière-neveux, une grande sagacité pour expliquer comment, à une époque où l'on touche à peu près à tout, on s'est occupé si peu de la plus importante des réformes.

La France est un pays de petite propriété; le morcellement y a même atteint des proportions exagérées, et la législation est conçue comme si le sol n'était possédé que par de grands propriétaires. Il résulte, en effet, de documents officiels, que les deux tiers des ventes sont de 200 francs en moyenne, et dans l'impossibilité bien évidente de supporter le coût des nombreuses et dispendieuses formalités qui leur sont imposées, en sorte qu'elles sont, on peut bien le dire, hors la loi.

Le Crédit foncier a été institué pour venir en aide aux cultivateurs, et naturellement aux plus besogneux, aux plus pauvres. Or son compte rendu, publié chaque année, constate que la moyenne de chaque prêt excède 50,000 francs, tandis que la moyenne des contrats d'obligations, en France, est au-dessous de 1,500 francs, et la moyenne de la moitié de 236 francs. C'est à peu près la même anomalie que si les monts-de-piété établis dans nos grandes villes étaient organisés de manière à ne pouvoir prêter que des sommes importantes et recevoir en gage que des objets de grande valeur, des diamants, des voitures de luxe, par exemple.

Digitized by Google

Aussi les pétitions affluent au Sénat pour demander des améliorations et des simplifications. Mais jusqu'ici elles n'ont pas eu le don d'émouvoir la haute Assemblée et ont été très-sommairement éconduites, tandis que d'autres questions, relativement insignifiantes, donnent lieu à d'interminables débats.

Assurément, il ne peut entrer dans l'esprit de personne d'accuser le Sénat de mauvais vouloir; aussi, recherchant les motifs de cette indifférence apparente, j'ai cru pouvoir l'attribuer à la crainte de porter dans notre législation une perturbation profonde. Cette crainte est, du reste, partagée par la plupart des jurisconsultes, et elle s'est manifestée avec un caractère assez prononcé d'intolérance dans la discussion de la loi sur la transcription, lorsqu'il a été dit « qu'il fallait, avant tout, se garder de porter une main profane et sacrilége sur le Code Napoléon. »

On conçoit, dès lors, combien les propositions, en apparence si radicales, de MM. Tourangin et Bonjean, avaient peu de chance d'être accueillies.

Mais cet échec momentané ne paraît pas de nature à décourager les deux honorables sénateurs. Loin de là; et comme si l'obstacle était pour lui un nouveau stimulant, M. Bonjean a pris hautement en main la direction de tous les efforts tentés pour réaliser son programme. Son remarquable discours au Sénat, tiré à dix mille exemplaires, a été adressé à toutes les légations étrangères, et en France à la plupart des hommes spéciaux, provoquant de toutes parts des adhésions et des renseignements.

Sa tentative à l'étranger a pleinement réussi; il a obtenu des renseignements précieux et, entre autres, celui-ci, qui n'est pas de nature à flatter notre amour-propre national : c'est qu'à l'aide du télégraphe un emprunt important a pu se faire à New-York, avec hypothèque sur des propriétés situées en Californie. L'affaire fut engagée, conclue, l'inscription prise et l'argent livré le même jour. Combien de temps aurait-il fallu en France? Je n'ose véritablement le consigner ici, on m'accuserait d'exagération.

Mais son appel en France aux jurisconsultes et aux hommes spéciaux ne lui a pas donné les mêmes résultats; il est resté, du moins à ma connaissance, à peu près sans échos.

Digitized by Google

Or il est bien évident que si MM. Bonjean et Tourangin restent seuls, quelles que puissent être l'énergie de leurs convictions et l'autorité qui s'attache à leurs personnes, ils ne peuvent manquer d'échouer; ils seront réduits à l'impuissance, comme des généraux sans armées en face d'ennemis nombreux et déterminés.

Cette abstention des jurisconsultes sur cette question est d'autant plus extraordinaire que, depuis la loi sur la transcription, les travaux sur la question hypothécaire sont devenus très-nombreux. Il faut également l'attribuer à cette croyance, qu'une mesure de ce genre bouleverserait toute notre législation. Or c'est là une regrettable et injuste prévention; l'objet de ce travail est de le démontrer.

Nous croyons fermement que le système préconisé par MM. Tourangin et Bonjean est en parfait accord avec les principes fondamentaux de notre législation; cela nous a paru d'une évidence frappante, presque susceptible d'être prouvé avec la rigueur d'une démonstration mathématique.

I.

Le Code Napoléon a établi deux natures de biens, les meubles et les immeubles; par suite, suivant que les objets sont ou ne sont pas doués de mobilité et par une conséquence certainement exagérée de cette distinction, et bien que ses définitions soient les mêmes dans les deux cas, soit qu'il s'agisse de la preuve de la propriété, soit qu'il s'agisse du gage, soit qu'il s'agisse de la vente, il a établi une différence profonde et comme un abîme entre les uns et les autres.

Au point de vue de la théorie pure, établir une différence dans le droit sur une circonstance tout à fait extérieure et aussi insignifiante que la mobilité et l'immobilité, est à peu près aussi illogique que si elle était établie sur la couleur des objets et comme s'il y avait un droit spécial pour les objets de couleur rouge et un droit différent pour les objets de couleur verte.

Mais nous n'insistons pas là-dessus; nous allons examiner, au point de vue pratique, les conséquences de cette distinction.

La propriété mobilière, organisée pour ainsi dire d'après

Digitized by Google

un seul article (en fait de meubles, la possession vaut titre, art. 2279 C. Nap.), marche et fonctionne sans embarras. Rien de plus facile que la vente d'un objet mobilier; rien de plus facile et de plus sûr qu'un emprunt à la Banque sur dépôt de valeurs. La propriété immobilière, que le législateur a entourée de tant de soins et de tant de sollicitude, ne peut se mouvoir qu'au milieu des embarras et des dangers.

En présence de ce contraste, il est bien permis de se demander si, tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique, il n'y aurait pas lieu de rechercher le moyen d'appliquer aux immeubles les principes et les règles qui ont si bien réussi pour les meubles.

Le problème posé en ces termes n'a encore été examiné par aucun jurisconsulte; voici comment il m'a paru être résolu.

La propriété mobilière résulte de la possession. Néanmoins, par une exception d'autant plus remarquable qu'aucune disposition de loi ne la consacre, toutes les fois que cette possession ne peut avoir lieu ou qu'elle est jugée insuffisante, *elle est remplacée par l'inscription.* Dans un voyage, par exemple, obligé de me séparer momentanément de mes effets pour les réunir aux autres bagages, il me suffit d'y *inscrire* mon nom pour établir mon droit de propriété et être autorisé à les réclamer.

Nous ne saurions trop appeler l'attention sur ce fait si simple, qui se dégage si spontanément de la nature des choses, car il renferme tous les éléments de la solution que nous cherchons.

C'est très-exactement la marche suivie pour les rentes sur l'État et les valeurs industrielles. Elles sont au porteur ou nominatives. Dans le premier cas, la propriété résulte de la possession du titre; dans le second cas, cette possession *a été remplacée par l'inscription* sur le titre même du nom de celui auquel il appartient.

Ce qui existe pour le droit de propriété existe aussi pour ses démembrements et ses diverses transformations. Ainsi l'usufruitier d'une rente sauvegarde son droit par la possession, si la rente est au porteur; par l'inscription, si elle est nominative.

Il en est de même en cas de mutation par suite de vente ou

Digitized by Google

par suite de décès; le droit du nouveau propriétaire résultera aussi, suivant le cas, soit de la possession, soit de l'inscription de son nom.

Voilà donc ce qu'est devenue la propriété mobilière livrée à elle-même. Elle s'est organisée, on peut bien le dire, toute seule, et cette organisation a été si puissante qu'elle a suffi à protéger tous les intérêts qui s'y sont confiés; si féconde en ressources, qu'elle a pu se prêter sans effort à l'immense mouvement de transactions dont nous sommes aujourd'hui témoins, si parfaite que ce mouvement s'opère sans trouble et sans dangers.

Cette organisation est-elle applicable aux immeubles? Mieux que je ne saurais faire, les faits répondent à cette question.

En Allemagne et dans une grande partie de l'Europe, la propriété immobilière est fondée sur l'inscription; c'est l'immeuble qui est désigné au bureau des hypothèques, et l'on inscrit en regard de cette désignation l'indication de tous les droits qui le grèvent ou l'affectent. Il en résulte que d'un coup d'œil on peut juger de la situation complète d'un immeuble, l'acheter ou le recevoir en garantie avec toute sécurité; que, par suite, la propriété immobilière a un mouvement aussi facile et aussi sûr que la propriété mobilière parmi nous.

L'introduction de ce système en France a été, il est vrai, déclarée impraticable par la plupart des jurisconsultes et par le premier d'entre eux; mais, d'un autre côté, comme nous le verrons, elle a été réclamée par des hommes éminents, qui ont eu à s'occuper de cette question aux points de vue les plus divers.

C'est là, du reste, la pensée qui a inspiré le législateur lorsqu'il a organisé le cadastre. Là aussi l'établissement de la propriété a été fondé sur l'inscription : chaque immeuble est désigné par un numéro distinct, et c'est celui dont le nom est inscrit en regard de ce numéro que le percepteur considère comme propriétaire, c'est à lui qu'il réclame le payement de l'impôt.

L'impôt foncier est ordinairement à la charge du propriétaire, mais il peut être mis directement à la charge de l'usufruitier, du fermier, de l'emphytéote [1]. Dans ces cas,

[1] Loi du 4 août 1844.

Digitized by Google

l'inscription au cadastre ne sera plus une indication du droit de propriété, mais bien de l'un de ses démembrements. L'administration de l'enregistrement considère l'inscription au cadastre comme une preuve suffisante du droit de propriété, et s'en autorise pour exiger le payement des droits de mutation.

Ainsi, même en France, au point de vue administratif et financier, l'inscription est susceptible d'indiquer non-seulement le droit de propriété, mais encore ses divers démembrements.

Il y a mieux : malgré sa répugnance, le législateur français lui-même a dû quelquefois lui faire place dans la loi civile. Le Code de procédure exige que les immeubles expropriés soient désignés par les numéros du cadastre. Seulement, comme le législateur n'a pris nul souci de mettre le droit du propriétaire d'accord avec les matrices cadastrales, il arrive *très-souvent* qu'on oublie d'exproprier les terres appartenant au débiteur et qu'on exproprie celle du voisin.

Il en est de même dans les expropriations pour cause d'utilité publique. Le législateur considère comme propriétaire celui qui est inscrit sur la matrice cadastrale. Les travaux publics qui, depuis quelques années, ont pris en France une si grande extension, ont donné lieu à de fréquentes applications de cette règle ; elle n'a, pour ainsi dire, jamais donné lieu à des difficultés. J'ai trouvé néanmoins un cas où l'on avait exproprié et payé le mari, inscrit à la matrice cadastrale, pour un immeuble qui était propre et dotal à la femme. Celle-ci réclama. Un arrêt de la Cour de cassation, du 16 août 1865, lui donna tort. Cet arrêt porte textuellement qu'*en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, celui-là est légalement réputé propriétaire dont le nom est inscrit sur la matrice cadastrale*. N'est-ce pas là, nous le demandons, la méthode allemande toute pure, moins les garanties ?

Ainsi le propriétaire d'un immeuble ne peut pas dire : Je suis inscrit sur la matrice cadastrale, donc je suis propriétaire ; mais le percepteur lui dira : Vous êtes inscrit sur la matrice cadastrale, donc vous êtes propriétaire, payez l'impôt. Le receveur de l'enregistrement lui dira : Vous êtes inscrit sur la matrice cadastrale, donc vous êtes devenu propriétaire, payez le droit et le double droit de mutation. L'ingénieur qui fera exproprier pour cause d'utilité publique dira aussi : Vous

Digitized by Google

êtes inscrit sur la matrice cadastrale, donc vous êtes propriétaire ; je vais faire l'expropriation contre vous.

Or n'est-ce pas chose merveilleusement étrange que le législateur reconnaisse l'inscription au cadastre comme utile et suffisante pour me constituer propriétaire toutes les fois qu'il doit en résulter pour moi quelque charge, et la considère comme impraticable et refuse le droit de m'en prévaloir toutes les fois que je dois en tirer avantage? N'est-ce pas exactement comme si un facteur, en me remettant un paquet à mon adresse, me disait : C'est votre nom qui est inscrit, c'est donc vous qui devez payer les frais de port et de factage; mais si vous voulez faire acte de propriétaire, exiger que je vous en fasse la remise, prouvez-moi qu'il vous appartient?

Si la preuve de la propriété foncière était basée sur l'inscription cadastrale, cette singulière anomalie ne se produirait pas. Loin de là, il y aurait harmonie complète entre le régime civil et le régime administratif et financier de la France.

Si les meubles et les immeubles étaient assujettis aux mêmes règles, il y aurait également harmonie entre diverses parties, aujourd'hui disparates, de nos Codes [1]; il y aurait pour les immeubles cette sécurité et cette facilité de transactions qui existent pour les meubles.

Si le cadastre était tenu ainsi constamment au courant des moindres mouvements de la propriété foncière, il en résulterait pour lui une évidente et importante amélioration; en outre, on ne serait pas dans la coûteuse nécessité de le refaire à nouveau tous les vingt-cinq ou trente ans, et de perpétuer ainsi une dépense qui s'élève déjà à plus de 300 millions.

En considérant toutes nos lois dans leur ensemble, il sera donc bien difficile de ne pas reconnaître que le système qu'on propose renferme les éléments d'une puissante et universelle harmonie, et qu'il faut une bien grande prévention pour le repousser systématiquement comme ne renfermant que des éléments de désordre.

Mais notre intention est de restreindre cette étude au Code Napoléon, qui nous a déjà fourni dans l'organisation de la propriété mobilière un précieux précédent, car elle est iden-

[1] M. Demolombe, *Traité de la propriété*, p. 74.

Digitized by Google

tiquement la même que celle que nous proposons d'appliquer à la propriété immobilière.

II.

Deux différences fondamentales séparent le système allemand et le système qui nous régit.

Dans le système que nous nommons allemand pour nous conformer à l'usage, car il nous paraît devoir s'adapter beaucoup mieux que le nôtre au génie français, dans le système allemand, disons-nous, tous les droits sans exception qui grèvent un immeuble doivent être portés à la connaissance de tous par une manifestation publique.

Cette manifestation a lieu pour tous les droits d'une manière uniforme par une inscription prise sur l'immeuble lui-même.

Dans le système qui nous régit, ces deux points sont résolus par des principes contraires.

Et d'abord la manifestation, lorsque, par exception, elle est exigée, est variable dans sa forme ; c'est tantôt l'inscription, tantôt la transcription, mais toujours mise, non au compte de l'immeuble, mais au compte de la personne qui a concédé le droit ; ce qui est contraire aux principes du Code et la source d'inextricables difficultés.

C'est contraire aux principes du Code. Ainsi, par exemple, d'après l'article 2114 du Code Napoléon, l'hypothèque est un droit sur un immeuble ; l'immeuble est affecté à l'acquittement de l'obligation ; l'hypothèque doit suivre l'immeuble dans quelques mains qu'il passe.

Si l'hypothèque est un droit sur l'immeuble, si l'immeuble est affecté, c'est évidemment sur l'immeuble que doit reposer l'empreinte du droit et de l'affectation ; si le droit doit suivre l'immeuble dans quelques mains qu'il passe, c'est à l'immeuble qu'il faut le rattacher pour qu'il y ait, si nous pouvons nous exprimer ainsi, adhérence entre eux, pour qu'en passant dans d'autres mains l'immeuble y passe nécessairement avec les charges et les hypothèques qui l'affectent.

C'est de plus, disons-nous, la source d'inextricables difficultés.

L'individu *grevé* d'hypothèques, dit le législateur, doit être désigné par ses nom, prénom, profession et demeure.

Digitized by Google

Les noms, quelquefois dans la même famille, s'écrivent de plusieurs manières différentes; la mauvaise prononciation, dans les campagnes principalement, cause à cet égard une foule d'erreurs. Le prénom sous lequel une personne est connue est presque toujours différent de son véritable prénom. On change quelquefois de profession, souvent de demeure; en sorte que l'individu sur lequel on obtient, au bureau des hypothèques, des renseignements satisfaisants, peut être grevé sous une autre désignation.

III.

L'autre point sur lequel notre système diffère du système allemand, c'est que celui-ci exige la manifestation de tous les droits par un mode unique de publicité, tandis que le législateur français, prenant une voie diamétralement opposée, a cherché à établir pour chaque droit des formalités spéciales et des règles distinctes, et il est résulté une anarchie et une confusion telles qu'elles ont défié, jusqu'ici, tous les efforts des législateurs et des commentateurs.

Ces nombreuses distinctions, si embarrassantes au point de vue pratique, sont-elles au moins justifiées au point de vue du droit? Nous trouvons la solution de cette question dans l'article 544 du Code Napoléon, sur lequel nous croyons devoir appeler d'une manière spéciale l'attention du lecteur; il est ainsi conçu : *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue.*

Il en résulte que le droit de propriété comprend et résume tous les droits quelconques qui se réfèrent soit à la jouissance, soit à la disposition de la chose. La privation d'un seul de ces droits, quel qu'il soit, suffit pour empêcher le droit de propriété d'être complet, puisque celui sur la tête de qui il repose ne pourra pas disposer de la chose de la manière la plus absolue.

Si donc il existe sur ma propriété un sentier que je n'ai pas droit de fermer, un arbre que je n'ai pas droit d'abattre, une fleur que je n'ai pas droit de cueillir, mon droit ne sera plus entier et absolu; il sera divisé en deux parts, bien inégales sans doute, mais en deux parts bien distinctes, l'une qui reposera sur ma tête, l'autre qui reposera sur la tête de celui qui aura droit au sentier, à l'arbre, à la fleur.

Digitized by Google

D'après le Code forestier, le département de la marine a droit de choisir et de garder des arbres dans des coupes de bois d'une certaine catégorie. Cette mesure, justifiée par l'impérieuse nécessité de la défense nationale, a toujours été considérée comme une atteinte, nécessaire sans doute, mais une atteinte bien réelle au droit de propriété.

Si je constitue une hypothèque sur mon bien, il faudra que je respecte et fasse respecter le droit du créancier; je n'aurai plus, dès lors, le droit d'en disposer d'une manière absolue, je n'aurai donc plus une propriété complète, j'aurai une propriété démembrée.

Nous pouvons, du reste, invoquer à l'appui les plus graves autorités. D'après M. Valette, la pleine propriété est la réunion de tous les droits réels; il démontre, par suite, que l'hypothèque est un démembrement du droit de propriété. M. Troplong dit également: « Il a aliéné en ma faveur une *portion* de la propriété, puisqu'il m'a conféré un droit d'hypothèque. »

Ainsi, d'une part la propriété est la réunion de tous les droits réels; de l'autre, par une corrélation nécessaire et évidente, chacun de ces droits est une fraction du droit de propriété.

Ces droits sont en nombre infini. Depuis le droit de vue sur l'héritage voisin, qui effleure imperceptiblement le sol, jusqu'au bail emphytéotique, si absorbant qu'il ne laisse guère au propriétaire qu'un titre nominal, le droit de propriété peut être affecté en couches plus ou moins profondes. Déterminer *à priori*, dans une législation, tous les modes dont il peut être affecté, peut être aussi téméraire que de déterminer tout ce qu'un propriétaire peut faire de son bien; mais il est un caractère qui les distingue tous, qui les ramène tous à un type uniforme, pouvant être régi par une seule règle : c'est qu'ils sont tous un démembrement plus ou moins important du droit de propriété et qu'ils participent de sa nature.

Si tous les droits réels, et particulièrement l'hypothèque, sont des fractions du droit de propriété, c'est bien le cas, en effet, de leur appliquer ces paroles, dont M. Demolombe se sert à propos de l'usufruit et des servitudes : « L'usufruit et « les servitudes ne sont que des fractions du droit de pro- « priété, et il est inconcevable que toutes les parties soient « d'une autre nature que le tout. »

Du moment que tous les droits réels sont d'une même na-

Digitized by Google

ture, pourquoi ne seraient-ils pas régis par la même règle? On voit que les principes de notre droit nous amènent facilement et sans effort à une règle simple et uniforme.

IV.

Pour connaître la nature de tous les droits, il nous faut donc, avant tout, examiner avec le plus grand soin la nature du droit de propriété, en étudier les caractères essentiels et constitutifs.

Le caractère essentiel et constitutif de la propriété, celui sur lequel on ne saurait trop insister, c'est la manifestation. Ce caractère a été complétement méconnu par notre Code dans l'organisation de la propriété immobilière, car elle peut exister et existe en effet sans manifestation et sans preuve. C'est là le vice capital de notre législation, nous ne saurions le proclamer assez hautement, car c'est la source d'où découlent fatalement toutes les difficultés.

Le droit de propriété n'a jamais pu se constituer nulle part, sur quoi que ce soit, sans le secours de la manifestation.

Nous invoquons, à l'appui de cette assertion, les exemples choisis par le plus illustre de nos maîtres.

La branche de corail que la mer rejette sur ses bords appartient sans doute au premier qui la trouve, mais si le premier qui la trouve ne fait aucun geste, aucun mouvement qui indique de sa part la pensée de se l'approprier, si même il la rejette après l'avoir ramassée, n'est-il pas de la dernière évidence qu'il ne pourra jamais constituer à son profit un droit de propriété, et que la branche de corail appartiendra à celui qui la trouvera après lui et manifestera par l'occupation l'intention de se l'approprier?

M. Troplong cite un autre exemple : « Je me présente sur « une plage déserte et je trace un sillon pour fixer la limite de « la terre vacante sur laquelle j'entends m'établir; aussitôt je « puis dire ceci est à moi, etc.... » Mais si, au lieu de marquer sur le sol lui-même la manifestation du droit que je veux constituer à mon profit, je me borne à former un projet d'établissement sans qu'aucun acte extérieur trahisse ma pensée; si même, après avoir tracé la limite, j'abandonne les lieux pour choisir un site plus à ma convenance, il est encore de la

Digitized by Google

dernière évidence que, comme la branche de corail, le terrain appartiendra à celui qui viendra l'occuper après moi.

Il résulte de ces exemples, que nous pourrions multiplier à l'infini, que le droit de propriété ne peut se constituer définitivement sans une manifestation sur la chose même, et que cette manifestation doit être durable et permanente. C'est là, suivant nous, un principe d'une vérité absolue, et nous persisterons dans cette manière de voir tant qu'on ne nous aura pas cité au moins *un cas* où la propriété se soit produite dans d'autres conditions.

Si la manifestation est une condition substantielle du droit de propriété, elle doit, par la plus rigoureuse des conséquences, se retrouver dans chacun des éléments qui la constituent; elle doit apparaître à chacune de ses phases et de ses transformations; et c'est en effet ce qui a lieu, comme nous aurons occasion de le démontrer surabondamment.

V.

On voit que sans exercer une trop forte pression sur le Code Napoléon, en nous appuyant uniquement sur la définition qu'il donne du droit de propriété, il est facile d'en extraire la substance même qui a servi à la formation des législations allemandes, c'est-à-dire la nécessité pour tous les droits immobiliers d'une manifestation sur l'immeuble.

Il est un peu singulier de voir que ce principe d'égalité absolue entre tous les droits, si nettement formulé et appliqué, nous vienne de la féodale Allemagne où existe l'inégalité des droits politiques et qu'il soit repoussé par la France égalitaire. Au point de vue du droit pur, il est inattaquable; au point de vue de la pratique, il nous fournit le moyen d'organiser un mécanisme d'une grande puissance et d'une grande simplicité.

Si, comme nous croyons l'avoir démontré, tous les droits qui frappent un immeuble sont des démembrements ou des fractions du droit de propriété, il en résulte cette conséquence importante que la fraction détachée du droit de propriété n'est plus dans le domaine du propriétaire primitif qui, par suite, n'a plus d'action ni de prise sur elle, et que, par contre, celui à qui cette fraction est dévolue dans la limite, bien entendu, de son titre et de son droit, peut en jouir et disposer de la

Digitized by Google

manière la plus absolue, comme le propriétaire lui-même, exactement comme si l'on avait détaché d'un domaine, pour la lui vendre, une parcelle de terre.

C'est ainsi, du reste, que le Code Napoléon a procédé pour un des démembrements les plus importants du droit de propriété, l'usufruit. L'usufruitier peut vendre, céder, échanger et hypothéquer son droit, absolument comme le propriétaire. Ce dernier peut, de son côté, vendre, céder, échanger et hypothéquer le sien. Mais chacun sera restreint dans la limite de son droit. Il paraîtrait choquant au delà de toute expression que l'usufruitier pût, en quoi que ce soit, disposer de la substance de la chose ou le propriétaire d'une part quelconque de l'usufruit. Une loi qui conduirait à de pareils résultats serait une cause évidente de perturbation et la négation même du droit de propriété.

Or c'est précisément dans cette voie injuste et dangereuse que le législateur s'est témérairement aventuré, et sans la moindre hésitation.

Ainsi, je suppose, j'hypothèque ma maison pour garantir le remboursement d'une somme prêtée; je consens, par suite, que dans le cas de vente le prix de la maison soit affecté en première ligne à ce remboursement. C'est une convention que j'ai parfaitement le droit de faire puisque, propriétaire de la maison, je puis, aux termes de l'article 544, en disposer de la manière la plus absolue. C'est donc une convention parfaitement licite que le législateur devrait couvrir de toute sa protection; loin de là, il a organisé cinq catégories d'intéressés dont les droits, quoique survenus postérieurement à l'hypothèque, ont la préférence sur elle.

Voilà donc le droit de propriété violé dans la personne du débiteur qui, en réalité, n'est pas maître de disposer de la chose de la manière la plus absolue; violé dans la personne du créancier entre les mains duquel on vient rechercher violemment, arbitrairement, pour le restreindre et l'anéantir, un droit qu'il tenait de celui qui pouvait disposer de la chose de la manière la plus absolue.

Jamais le législateur ne serait tombé dans de pareilles anomalies s'il s'en était tenu strictement au droit de chacun; mais comme nous allons le voir, il s'est séparé ouvertement du droit et ne s'est préoccupé que des intérêts.

Digitized by Google

VI.

Que dirait-on d'un marchand qui, suivant le plus ou moins d'intérêt que pourraient lui inspirer ses clients, userait à leur égard de divers poids et de diverses mesures?

Que dirait-on d'un juge qui, suivant le plus ou moins d'intérêt que pourraient lui inspirer les justiciables, rendrait plus rigides ou ferait fléchir les dispositions de la loi?

Or qu'est-ce que le législateur, si ce n'est le juge anticipé et par voie de réglementation de tous les droits et de tous les différents? Il applique à la généralité des faits la loi naturelle comme le juge aux faits particuliers, la loi écrite. Il devrait, par conséquent, se préoccuper uniquement des droits de chacun et nullement de l'intérêt que chacun d'eux peut lui inspirer.

Cette marche si morale, si logique et si sûre, il l'a complétement dédaignée. En invoquant tour à tour l'intérêt des mineurs et des femmes mariées, l'intérêt des créanciers et des débiteurs, l'intérêt des vendeurs et des copartageants, l'intérêt de l'État, etc., etc., il s'est, en définitive, inspiré de cette règle que l'intérêt doit donner la mesure du droit, règle qu'il suffit d'énoncer pour réfuter, car elle est la négation même du droit, car elle aboutit promptement et fatalement à celle-ci qu'il n'y a d'autre droit que la force.

Non-seulement le législateur s'est engagé dans une voie injuste, mais il s'est créé, et comme à plaisir, d'inextricables difficultés; car si le droit est immuable et se prête à l'établissement d'une règle fixe, les intérêts sont variables et changeants. Tel intérêt qui, dans une circonstance donnée, peut paraître mériter toute la bienveillance et toute la sollicitude du législateur, peut ne lui paraître mériter qu'une protection secondaire dans une autre; aussi cette sorte de hiérarchie établie par le législateur entre les divers droits est-elle constamment bouleversée. Nous aurions trop à faire de passer tous les droits en revue; nous nous bornerons à dire quelques mots du privilége du vendeur.

Assurément il n'est rien de plus respectable et de plus sacré que ce privilége. Le vendeur qui livre sa chose à la charge d'en recevoir le prix, ne la livre pas complétement; il

Digitized by Google

garde sur elle un droit de gage : c'est un démembrement ou une fraction de son droit primitif dont il ne s'est jamais dessaisi. La propriété n'a jamais entièrement reposé sur la tête de l'acquéreur. Aussi les droits des femmes mariées et des mineurs que le législateur entoure de tant de sollicitude et, à plus forte raison, ceux des créanciers inscrits, sont subordonnés au privilége du vendeur. Pendant vingt-neuf ans celui-ci peut laisser sommeiller son droit, peut se dispenser de remplir aucune formalité, que le jour où il se présentera il occupera la première place. Tout à coup cette situation si considérable est renversée au profit du tiers acquéreur qui a fait transcrire, au profit des créanciers d'une faillite et des créanciers d'une succession bénéficiaire, c'est-à-dire au profit d'intéressés dont le législateur, dans les autres cas, s'est montré médiocrement soucieux.

Voilà tout d'abord au point de vue des tiers une grande contradiction avec la pensée dominante du législateur, qui a proclamé si haut la nécessité d'accorder aux femmes mariées et aux mineurs la préférence sur les créanciers et les tiers acquéreurs.

Puis au point de vue du vendeur, il y a une situation dont on ne saurait assez signaler la bizarrerie et l'injustice. La loi fixe à quarante-cinq jours le délai qui lui est accordé pour inscrire et conserver son privilége. En nous réservant d'examiner si la fixation d'un délai ne contient pas un véritable abus de pouvoir, ce droit et ce délai, tels qu'ils sont, appartiennent au vendeur. Lorsqu'il a transmis son droit de propriété, il ne l'a pas transmis en entier, il en a réservé, ou mieux encore la loi en a réservé pour lui une fraction ; seul il doit en avoir la libre et entière disposition. Comment peut-il se faire que ce droit et ce délai lui soient enlevés, sans son consentement, malgré lui ? Et c'est cependant ce qui a lieu. Si son acquéreur tombe en faillite, s'il vient à décéder et que sa succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, le délai peut être réduit à quinze jours ou même complétement supprimé.

C'est là une injustice bien évidente ; c'est ensuite la source de telles difficultés que nos principaux auteurs diffèrent complétement sur la marche à suivre.

Deux éminents professeurs de la Faculté de droit de Paris,

Digitized by Google

MM. Valette et Duverger, ont engagé à ce sujet une longue et savante controverse.

Voici comment s'exprime M. Valette : « Nous voulons bien « perfectionner la loi nouvelle et mettre plus d'harmonie dans « ses dispositions relatives au droit du vendeur ; mais pour « cela nous prenons un moyen tout opposé à celui qu'on nous « indique, nous retranchons ce que notre collègue veut « compléter... »

M. Duverger répond de son côté : « Plus j'ai creusé mon « sujet, plus ma conviction s'est raffermie. »

M. Mourlon, après avoir défendu les doctrines de M. Valette, s'est rangé du côté de M. Duverger.

Sur la question du renouvellement, M. Paul Pont pense que l'inscription prise d'office pour la conservation du privilége du vendeur n'a pas besoin d'être renouvelée. M. Flandin, après avoir soutenu la même opinion, se range à l'opinion contraire qui est, du reste, partagée par la presque unanimité des auteurs.

Lorsqu'il se produit de telles divergences parmi les princes de la science, on peut juger dans quelles perplexités doivent se trouver de simples praticiens.

Toutes ces difficultés disparaîtraient sans laisser aucune espèce de trace dans la méthode que nous avons indiquée, et qui consiste à considérer le privilége du vendeur ainsi que les autres droits comme une fraction complétement séparée du droit de propriété. Il en sera exactement dans ce cas comme dans celui où le vendeur a fait réserve de l'usufruit de son bien. Est-ce que dans ce cas, sans un révoltant abus de pouvoir, le législateur pourrait augmenter, diminuer, restreindre et détruire l'usufruit réservé ? Considérer le vendeur comme complétement dessaisi par le fait de la vente qui explique précisément le contraire, et lui imposer des formalités et des délais pour reprendre et replacer sur sa tête cet usufruit qu'en réalité il a toujours conservé ?

Tout cela est impossible et absurde, et c'est cependant ce qui existe pour le privilége du vendeur ; il n'est donc pas étonnant que nos plus savants jurisconsultes aient été mis en désarroi et soient si embarrassés pour retrouver les véritables principes du droit dans des dispositions qui en sont la plus évidente et la plus complète négation.

Si le législateur veut rentrer dans la vérité, il faut qu'il cesse

Digitized by Google

de se laisser dominer par cette diversité d'intérêts, injuste dans le fond, impraticable dans la forme, et en définitive plus apparente que réelle; il faut que, s'inspirant du génie de la nation qui a eu l'honneur d'inaugurer le système métrique, il proclame pour tous les droits l'application d'une idée vraiment française : l'*unité de poids et mesures*.

C'est là, du reste, l'aspiration du Code Napoléon ainsi que le constatent ces belles paroles de son plus éloquent interprète : « Il a été donné au Code Napoléon de résumer les der-« niers progrès de la philosophie du droit en effaçant pour « toujours toutes les distinctions qui ne sont pas fondées sur « la nature, et en voulant que l'*égalité* soit désormais la règle « des propriétés comme la règle des personnes. » (Troplong.)

Nous applaudissons de grand cœur à ces paroles; elles marquent nettement le but auquel doit tendre le législateur : seulement on nous permettra de dire, et nous croyons l'avoir démontré clairement, que ce but n'est pas encore atteint.

VII.

Quelle sera maintenant la forme de cette manifestation qui résulte primitivement de la possession et qui, d'après nous, est une condition substantielle du droit de propriété et de tous ses démembrements quels qu'ils soient?

Ici, on nous permettra d'invoquer l'autorité du plus grand de tous les jurisconsultes, de celui-là même dont on a dit qu'il avait plus d'esprit que Voltaire, c'est-à-dire l'autorité de tout le monde.

D'après ce jurisconsulte, cette manifestation a lieu par l'inscription du nom de celui à qui le droit appartient sur la chose même qui fait l'objet de ce droit. Ainsi, dans un voyage, il me suffit d'inscrire mon nom sur une malle pour être en droit de la réclamer, pour pouvoir dire : C'est mon nom qui est inscrit, donc ceci est à moi.

Partout où un droit existe, on peut être sûr de retrouver cette forme.

On la retrouvera dans le droit commercial où l'inscription du nom de l'expéditeur et du destinataire ou bien leur marque sur les objets expédiés est la garantie et la sauvegarde de leurs droits ;

Digitized by Google

Dans le droit politique, où l'inscription sur la liste électorale confère le droit de voter;

Dans le droit international, lorsqu'une nation arbore son drapeau sur une contrée conquise, n'est-ce pas encore comme si elle y apposait sa marque? Ce signe ne dit-il pas dans un langage intelligible pour tous : Ceci est à moi.

J'entre pour la première fois dans une ville et je vois ce mot, mairie, inscrit sur un édifice, et à l'instant même, sans avoir besoin d'autre renseignement, j'ai la conviction que c'est là la maison commune; si quelqu'un me proposait de me la vendre, hypothéquer ou louer, ce seul mot me mettrait suffisamment en garde. Ce mot est pour moi plus qu'une simple indication, il est aussi l'expression d'un droit; du moment, en effet, que c'est une maison commune, j'ai le droit d'y pénétrer, j'ai le droit d'assister à un mariage qui, d'après la loi, doit y être célébré publiquement.

Il en est de même si, au lieu du mot mairie, je lis ces mots : palais de justice. J'ai le droit d'y pénétrer, d'assister aux audiences.

Le nom d'un peintre inscrit sur un tableau m'indique qu'il en est l'auteur. J'ai sous les yeux un Traité de la propriété, où M. Demolombe signale et critique la différence établie par la loi entre les meubles et les immeubles. Je vois à la première page que M. Demolombe en est l'auteur, que l'œuvre et la conception lui appartiennent; que MM. Durand et Hachette, éditeurs, en ont la propriété industrielle; une simple note constate que cet exemplaire m'appartient.

Voilà donc trois droits de natures bien diverses, constatés au moyen de l'inscription en quelques mots, et si bien constatés que la personne la plus étrangère aux premières notions de droit s'en rend un compte parfaitement exact.

En discutant sur l'origine de la propriété, Cicéron compare la terre, aux époques primitives, à un vaste théâtre où chaque spectateur prend, par l'occupation, la place qui lui est propre.

Ici encore, la possession est remplacée par l'inscription. Dans un théâtre, les loges réservées sont protégées contre tout empiétement par l'inscription. Il me suffit, en effet, de voir inscrits sur une loge ces mots : Loge de la mairie, loge de la préfecture, loge louée, pour m'abstenir d'y pénétrer.

Digitized by Google

Ainsi il suffit d'un mot inscrit pour sauvegarder le droit, quelquefois même des seules initiales. Dans les familles, par exemple, la propriété du linge est sauvegardée par les initiales de celui à qui il appartient.

Telle est donc la puissance et l'énergie de l'inscription, qu'il lui suffit de toucher, d'effleurer un objet, pour se l'approprier, pour le marquer d'un sceau indélébile, pour le rendre en quelque sorte sacré. Mais si elle se manifeste sous la forme la plus simple qu'il soit possible d'imaginer, elle se prête aux combinaisons les plus variées, elle se plie à toutes les exigences, elle est susceptible de tous les perfectionnements.

Ces perfectionnements deviennent surtout nécessaires lorsque le mouvement de la propriété est rapide et multiplié, lorsque les objets qu'il s'agit de distinguer entre eux sont en quantités si considérables qu'il y aurait à peu près impossibilité de les reconnaître. Alors s'est présentée naturellement l'idée de les distinguer entre eux par un numéro d'ordre, et de faire porter l'inscription sur ce numéro si facile à retrouver.

Ainsi l'inscription de mon nom sur mes bagages suffit à constater mon droit; mais cette méthode a été jugée insuffisante pour le service des bagages sur les chemins de fer, on l'a remplacée par une méthode qui consiste à donner à chaque objet un numéro distinct, et c'est ensuite ce numéro, aux mains du propriétaire, qui autorise celui-ci à le réclamer. Il en est de même aux portes des édifices publics, lorsqu'il est nécessaire d'y déposer une canne, un manteau, etc.; on marque chaque objet d'un numéro, et c'est ce numéro, aux mains du propriétaire, qui autorise celui-ci à réclamer l'objet qu'il a déposé.

Il en est de même des rentes et des pensions sur l'État, où l'inscription se rapporte à un numéro d'ordre.

Il en est de même pour les obligations et les actions nominatives des chemins de fer.

Il en est de même au cadastre, où chaque parcelle est désignée par un numéro d'ordre et l'inscription faite sur ce numéro.

Il en est de même sur les listes électorales, où l'inscription a lieu également à l'aide du numéro d'ordre.

Il en est encore de même au théâtre, lorsqu'on veut assurer

Digitized by Google

à chaque spectateur une place paisible et incontestée : on marque chaque place d'un numéro, puis on remet à chaque spectateur le numéro de la place qu'il doit occuper.

En résumant les diverses phases par lesquelles passent la propriété et les droits de toute nature qui en découlent pour arriver à une manifestation parfaite, nous voyons qu'elle se manifeste par la possession, par l'inscription, et enfin, comme dernier perfectionnement, par l'inscription au moyen du numéro d'ordre.

Ainsi, si l'on remonte à l'origine de l'hypothèque, on voit qu'elle résultait de la possession ; le créancier qui recevait un immeuble en gage se mettait en possession de l'immeuble. Plus tard, lorsqu'il fallut remplacer cette possession incommode, on eut recours à l'inscription prise sur l'immeuble lui-même ; à cet effet, on éleva une colonne sur l'immeuble, et sur cette colonne, on inscrivit le nom du créancier et le montant de la somme due. Ce système dura des siècles.

Enfin, de nos jours, on a eu recours à l'inscription à l'aide du numéro d'ordre ; seulement, comme nous l'avons vu, par une singulière interversion d'idée, cette inscription a été prise, non sur l'immeuble, mais sur la personne, et même quelquefois n'a pas été prise du tout.

Nous pourrions multiplier ces exemples à l'infini ; nous nous bornerons à y ajouter le suivant, qui nous a paru plus frappant et plus décisif que tous les autres.

Le Sénat lui-même qui, jusqu'ici, a montré tant de prévention sur cette question, suit pas à pas la même règle dans l'organisation du droit qui lui appartient de discuter les affaires du pays.

C'est d'abord la possession qui est la première preuve du droit. L'orateur qui est en possession de la parole est en droit de la conserver, et celui qui viendrait l'interrompre, pour la prendre à sa place, commettrait une sorte de violence qui serait promptement réprimée. Si l'orateur qui demande la parole veut assurer son droit d'une manière incontestable, il a soin de se faire inscrire. Lorsque plusieurs orateurs sont inscrits, le droit de chacun est subordonné à son numéro d'inscription, et l'on dit alors : premier inscrit, second inscrit, etc., etc. C'est donc encore ici et toujours l'inscription au moyen d'un numéro d'ordre.

Digitized by Google

Ainsi, partout où un droit apparaît, partout où nous voyons briller cette lumière qui éclaire nos consciences, il nous suffit d'en détacher un rayon quel qu'il soit, de le faire passer par l'épreuve de ce système, comme à travers un prisme, pour voir ce rayon se décomposer et reproduire nettement et toujours, dans le même ordre, les diverses nuances que nous avons signalées, la possession, l'inscription, et enfin, comme dernier perfectionnement, l'inscription au moyen d'un numéro d'ordre.

Cette coïncidence si générale qu'on la retrouve partout, si exacte et si précise qu'elle ne résulte point d'analogies éloignées ou forcées, mais se produit toujours avec les mêmes caractères et les mêmes nuances, et non point seulement dans l'idée, mais encore dans les expressions, dans les mots, n'est-elle pas un indice frappant de l'existence d'une de ces grandes lois qui gouvernent le monde, qui font sentir partout leur influence, et devant lesquelles l'homme n'a qu'à s'incliner?

Voilà donc la loi et la formule qui nous sont données par ce que nous avons appelé le plus grand des jurisconsultes. Le législateur les a complétement dédaignées, mais il faut le reconnaître, on lui a rendu dédain pour dédain, car la formule qu'il a imaginée, la transcription, a été repoussée de toutes parts; il a fallu trouver un mot spécial pour une formalité bizarre; le mot n'est pas plus passé dans le langage ordinaire que la chose dans les habitudes des populations; tandis que pour l'inscription nous rencontrons le mot et la chose, pour ainsi dire, à chaque pas.

Cette loi nous ramène forcément à notre point de départ, à une assimilation complète des meubles et des immeubles. Cette assimilation est la pierre de touche de la vérité de toutes les dispositions qui se réfèrent aux immeubles, c'est une sorte de réactif dont le simple contact dégage promptement le droit de tout alliage étranger et nous le montre complétement épuré.

Ainsi, toutes les fois qu'on voudra s'assurer si une disposition législative relative aux immeubles est fondée ou non sur la vérité, on n'aura qu'à l'appliquer aux meubles et la verité ou l'erreur ressortiront avec la dernière évidence.

Nous allons faire l'application de cette méthode aux hypothèques légales des femmes mariées et des mineurs.

Digitized by Google

Ces hypothèques, après de vifs débats qui démontrent bien que la question était douteuse, ont été dispensées d'inscription ; on a pensé qu'une protection leur était due, et qu'il serait dangereux de faire dépendre leurs droits d'une formalité qu'ils ne seraient peut-être pas en état de remplir.

Il y a assurément du vrai dans ce raisonnement. C'est ainsi que par une mesure unanimement approuvée, les femmes, dans les chemins de fer, sont l'objet d'une protection spéciale, et qu'on leur a ménagé des compartiments qui leur sont exclusivement affectés. Mais le droit qui leur est conféré résulte d'une *inscription*, et l'on inscrit sur ces compartiments ces mots : *dames seules*; cette inscription suffit à les protéger, à écarter tout le monde. Personne, à moins de s'être complétement égaré dans les subtilités de la science, ne s'imaginerait qu'en se dispensant de toute inscription, on les protégerait mieux.

Supposons encore qu'un voyageur ait arrêté une place à la diligence, qu'il soit *inscrit* sur la feuille, et qu'au moment de partir, ou même dans le cours du voyage, on l'oblige à descendre pour céder sa place à une femme qui n'aura pas retenu sa place et ne se sera point fait *inscrire*. Il sera incontestablement choqué de ce procédé, il le trouvera injuste et violent. Tout en reconnaissant que des égards et des protections spéciales sont dus aux femmes, il ne pourra s'empêcher de penser qu'il eût mieux valu les assujettir à la loi commune en prenant quelques précautions pour leur éviter les embarras et les ennuis. Cela eût mieux valu incontestablement pour lui et cela vaudrait même mieux pour elles, car on leur épargnerait ainsi des conflits désagréables où elles ne sont pas toujours sûres de triompher.

Le raisonnement de ce voyageur, dont il est bien difficile de contester l'exactitude, s'applique trait pour trait aux hypothèques légales. Il est d'abord bien évident que la dispense d'inscription est pour les tiers la source des plus graves embarras; c'est ensuite pour les incapables eux-mêmes une source de dangers.

Le législateur, en effet, qui dans les cas ordinaires s'est si fort préoccupé de leur incapacité, les abandonne brusquement à eux-mêmes et leur suppose une capacité transcendante au moment précis où ils ont le plus besoin de direction et d'appui. Ainsi, lorsque la propriété grevée d'hypothèque légale est expro-

Digitized by Google

priée, il suffit d'une publication dans un journal pour mettre les incapables en demeure de prendre inscription (art. 696 C. proc.).

Après la dissolution du mariage, les héritiers de la femme ont un an pour inscrire son hypothèque légale. Si elle laisse un enfant mineur que la loi reconnaisse incapable de prendre inscription, il lui faut, s'il veut conserver les droits de sa mère et ne fût-il âgé que de quelques jours, prendre inscription dans l'année.

Cette conséquence a été très-vivement contestée par M. Paul Pont, mais elle a été très-nettement admise par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 mai 1866 et acceptée par M. Flandin dans son *Traité sur la transcription*.

Ce sont, on le voit, des résultats vraiment dérisoires et d'autant plus fâcheux que ces cas se présentent très-fréquemment.

Si le législateur avait exigé l'inscription, ces anomalies ne se produiraient pas. Dans le cas de vente par expropriation, les femmes et les mineurs seraient connus et leurs droits respectés: l'hypothèque inscrite au profit de la femme serait transmise à l'enfant, sans formalité nouvelle.

En appliquant ainsi cette méthode à chaque droit, nous rencontrerions les mêmes anomalies; nous allons l'appliquer à l'ensemble de notre législation.

Supposons une grande gare où affluent de nombreux voyageurs avec des effets de toute sorte. Avant le départ on marque chaque objet d'un numéro, puis on remet à chaque voyageur un bulletin portant le numéro des objets qui lui appartiennent. A l'arrivée chacun présente son bulletin, et on lui remet ses effets; le tout avec une rapidité et un ordre admirables.

Quelqu'un s'imaginerait-il de changer cette organisation pour y substituer celle-ci :

D'abord n'apposer sur les effets aucun numéro ou marque distinctive pour les reconnaître, par cette fabuleuse raison que cette méthode est trop compliquée, exige beaucoup d'écritures et occasionne beaucoup d'erreurs.

Au lieu de cette méthode qui peut être bonne en Allemagne, mais qui, disent nos jurisconsultes, répugne à la simplicité de notre droit français, transcrire sur un registre au nom de chaque voyageur la copie littérale de la convention qui l'a rendu propriétaire de chaque effet, rappeler minutieusement à

Digitized by Google

qui cet effet a appartenu depuis trente ou quarante ans; rechercher parmi les voyageurs quels sont ceux qui sont ou ne sont pas en état de remplir ces formalités, leur accorder des délais variés suivant leurs aptitudes ou même les en dispenser complétement; rechercher ensuite parmi les effets eux-mêmes ceux dont il doit être fait mention, ceux pour lesquels cette mention sera moins nécessaire et ceux pour lesquels elle sera inutile; établir pour chaque cas des règles particulières et des formalités spéciales.

Vouloir mettre ensuite le tout en harmonie, n'est-ce pas tenter de faire ce qui est au-dessus des forces de l'homme organiser le chaos? Qu'on juge de l'imbroglio à l'arrivée des voyageurs, surtout s'il s'en trouve qui veuillent en tirer parti.

Or c'est exactement là le problème que le législateur a tenté de résoudre; il se condamnait d'avance à un inévitable échec.

Il n'est donc pas étonnant que tous ceux qui ont écrit sur le régime hypothécaire aient commencé par dire qu'il était la partie la plus difficile du droit, et que l'un d'eux (Jordan), qui a eu l'honneur de mériter les éloges de M. Troplong, l'ait présenté comme un chaos d'élémens hétérogènes, de dispositions inexplicables, d'antinomies insolubles ne produisant que tourment pour les interprètes et procès pour les justiciables.

VIII.

Ici se présente naturellement la plus grave des objections qu'on puisse nous faire; on peut nous dire :

Si notre système hypothécaire est tel que vous le présentez, il est absurde et impraticable. Il n'aurait pas existé vingt-quatre heures et il fonctionne, avec beaucoup d'inconvénients peut-être, mais enfin il fonctionne depuis bon nombre d'années.

La réponse est facile.

Le système qui nous régit, en tant que constitutif de droit et translatif de propriété, n'existe pas.

Nous n'essayerons point d'expliquer comment le peuple le plus spirituel de l'univers, et avec lui ses plus savants jurisconsultes, ont pu être si longtemps dupes d'une pareille illusion. Nous devons nous borner à citer les faits qui établissent d'une manière irrécusable ce phénomène véritablement extraordinaire.

Digitized by Google

En admettant, comme nous l'avons supposé, qu'on ait appliqué aux effets des voyageurs la méthode dont nous nous servons pour les immeubles ou même une autre méthode encore plus extraordinaire, n'est-il pas évident que les inconvénients de la méthode adoptée seraient en grande partie atténués si chaque voyageur gardait en main ses effets? La manifestation résultant de la possession suffirait pour sauvegarder ses droits.

Or c'est ce qui arrive très-exactement pour les immeubles. La possession réelle a constamment accompagné et complété, en le signalant, le droit de propriété. Mais toutes les fois que la possession ne lui est pas venue en aide, le système actuel sur la preuve du droit de propriété et la transmission s'est montré dans sa radicale impuissance.

Depuis que le Code existe, est-il arrivé *une seule fois* qu'un homme prudent ait osé acheter, sur la foi de titres parfaitement en règle, un immeuble dont un tiers qui était en possession se prétendait propriétaire?

Le contraire a lieu fréquemment.

Il arrive souvent que des individus n'ont que des titres irréguliers, ou même n'en ont point du tout; néanmoins leurs voisins qui les voient depuis longues années en paisible possession, leur achètent ou leur prêtent par hypothèque sans la moindre inquiétude.

Il résulte de ce contraste qu'aux yeux de tous, et nonobstant toutes les décisions et toutes les prescriptions du législateur, c'est en réalité la possession qui fait preuve de la propriété, et que là où la possession fait défaut, et pour aussi réguliers que soient les titres, cette preuve n'existe pas.

Le mouvement simultané de la propriété et de la possession a pu faire illusion jusqu'ici, comme pourrait faire illusion un train de chemin de fer à celui qui le verrait pour la première fois et qui pourrait croire que les wagons donnent l'impulsion à la locomotive. Mais il reconnaîtra son erreur lorsqu'il verra la locomotive détachée poursuivre sa marche et les wagons s'arrêter immobiles et inertes.

Cette expérience si décisive, on peut la faire sur notre système de transmission; on verra que, séparé de la possession et livré à ses seules forces, il ne peut se mouvoir; que parmi les innombrables transactions qui ont eu lieu depuis l'existence

Digitized by Google

du Code et qui semblent avoir embrassé tous les cas imaginables, il ne s'est *jamais* produit celui dont nous avons parlé, d'une acquisition sérieuse faite sur titres parfaitement en règle, d'un immeuble dont un tiers qui était en possession se prétendait propriétaire. Nous croyons donc pouvoir dire que le système de nos Codes ne recèle pas en lui la force qui déplace la propriété; il en précède ou suit les mouvements, il ne les détermine pas.

Si donc la propriété immobilière n'a pas été bouleversée de fond en comble, il ne faut pas en faire honneur au système inauguré par nos Codes, mais, comme nous venons de le voir, à la seule possession.

Examinons maintenant ce qu'est en réalité la possession qui joue un rôle si important et si décisif dans la preuve et la transmission de la propriété.

La possession, ici, n'est autre chose que l'inscription elle-même. Que dans un voyage j'inscrive mon nom sur mes effets ou que je les tienne ostensiblement sous la main, j'indiquerai, dans l'un comme dans l'autre cas, que ces effets m'appartiennent; seulement la possession sera un mode de manifestation moins parfait que l'inscription. La possession peut n'être qu'un accident; elle est partout et toujours la même et ne peut guère indiquer que le droit de propriété. L'inscription procède toujours d'une intention; variable à l'infini, elle est susceptible d'indiquer tous les droits avec leurs nuances les plus délicates.

Et réciproquement l'inscription, à son tour, n'est autre chose que la possession. Ainsi le législateur déclare qu'en fait de meubles la possession vaut titre, et l'on a décidé, par application de ce principe, que l'apposition du sceau d'une personne sur un objet équivalait pour elle à la possession. Or l'apposition du sceau d'une personne sur un objet n'est-elle pas une véritable inscription?

Si le système actuel n'a dû de se maintenir si longtemps qu'à la possession, si la possession n'est autre chose que l'inscription, il faut en conclure que, par la seule force des choses, même sous le régime actuel, le système de l'inscription a virtuellement existé, qu'en lui seul résident le mouvement et la vie.

Digitized by Google

IX.

En résumé nous trouvons d'un côté un système qui, il est impossible de le nier, a mérité le reproche d'être tout à fait impraticable pour la petite propriété et d'avoir complétement paralysé pour elle les opérations du Crédit foncier.

De l'autre, un système qui a été appliqué avec succès en Amérique, en Allemagne et dans une grande partie de l'Europe, et qui a, même en France, des adhérents peu nombreux peut-être, mais qui suppléent au nombre par la persistance de leurs efforts et l'énergie de leurs convictions. Nous avons cité MM. Tourangin et Bonjean, nous pouvons citer encore la Faculté de droit de Caen, M. de Robernier, président à la Cour impériale de Montpellier, M. Loreau, conservateur des hypothèques, puis directeur de l'Enregistrement, M. Wolowski, membre de l'Institut, professeur d'économie politique.

Or il nous paraît impossible que ce rapprochement ne soit pas de nature à inspirer quelques doutes, et la question est trop importante pour qu'on n'essaye pas de les éclaircir.

Pour cela il est assurément bien inutile de prolonger ces discussions qui n'ont jamais convaincu personne; il faut faire pour ce cas ce qu'on fait dans les autres circonstances lorsqu'on veut se rendre compte des avantages d'une méthode, d'une machine, d'un outil, recourir à l'expérimentation.

L'expérimentation offre, en effet, ce double avantage, qu'elle condamne irrévocablement les fausses théories et fournit aux théories fondées sur la vérité le moyen de vaincre les obstacles à mesure qu'ils se produisent.

Cette expérimentation doit comprendre naturellement tous les systèmes. Nous allons indiquer sommairement les bases de celui que nous avons nous-même exposé dans un travail[1] où nous avons réfuté une à une toutes les objections dont il nous a été possible d'avoir connaissance.

D'après ce système, la France serait divisée en kilomètres carrés, limités, à chacun de leurs angles, par des bornes semblables à celles qui marquent la distance sur les grandes

[1] *Le Régime hypothécaire et le sens commun.* Cotillon, éditeur, rue Soufflot, 24, Paris.

Digitized by Google

routes. Cette opération faite, toute la France se trouverait divisée en kilomètres carrés parfaitement distincts et parfaitement limités.

Le plan figuratif de chaque kilomètre serait divisé en degrés et subdivisions de degrés, ayant une grande analogie avec les degrés marqués sur les cartes géographiques, ou mieux encore avec la méthode que les plans de la ville de Paris ont vulgarisée et d'après laquelle on retrouve instantanément la position, soit d'une rue, soit d'un monument.

A l'aide de ces degrés et de leurs subdivisions, on pourrait trouver et désigner instantanément sur le plan figuratif un point quelconque d'un kilomètre carré. Les maisons et les pièces de terre forment des polygones plus ou moins réguliers; en désignant successivement les sommets des divers angles et en les réunissant ensuite par des lignes droites, on se trouverait avoir désigné très-exactement l'immeuble lui-même; et c'est sur cette désignation que tous les droits qui se rapportent à cet immeuble seraient inscrits.

L'expérience devra porter sur un kilomètre carré; si elle est décisive pour ce kilomètre, elle le sera aussi pour tous les autres, car tous les kilomètres carrés sont exactement les mêmes.

On choisira, par exemple, un terrain qui aura été le théâtre d'un grand nombre de mutations et de morcellements, et aura par suite nécessité deux opérations cadastrales. On se reportera à la première de ces opérations et l'on établira, par la méthode que nous proposons, l'état complet de la propriété telle qu'elle existait alors en y ajoutant toutes les charges. Puis on indiquera, au fur et à mesure qu'ils se sont produits, tous les changements, toutes les mutations, les hypothèques, les priviléges, les servitudes, tous les droits en un mot qui ont surgi ou ont été concédés, et de manière à arriver à la situation qu'aura constatée la seconde opération cadastrale.

On prendra ensuite chaque parcelle de terre, on la suivra dans ses diverses phases, dans le système que nous proposons et dans celui qui nous régit, et l'on verra, à chacune de ces phases, de quel côté est l'économie, la sécurité, la vérité, avec cette observation importante que le système proposé rend inutile la seconde opération cadastrale, puisque le cadastre sera constamment à jour, ce qui aura pour résultat de dé-

Digitized by Google

charger définitivement l'État de l'énorme dépense du renouvellement du cadastre à laquelle il faudra bien se résigner tôt ou tard.

Cette expérience démontrera d'une manière palpable :

1° Que contrairement à toutes les assertions qui se sont produites, la dépense à la charge de l'État au lieu de 300 millions, comme on l'a prétendu sans se rendre compte des ressources de la nouvelle organisation, égalera à peine le chiffre qui a été donné par M. Tourangin, comme formant le montant annuel des frais des actions en bornage, lesquelles disparaîtraient sans retour;

2° Qu'il serait possible et facile de laisser à chacun la liberté d'adopter le régime nouveau ou de continuer à se servir de celui qui existe, exactement comme il dépend du détenteur d'un titre au porteur de le convertir en titre nominatif, en sorte que loin d'opérer le moindre bouleversement, la transformation s'opérerait dans la mesure exacte de tous les besoins;

3° Et qu'enfin, au lieu d'un remaniement complet de notre Code, il suffirait, pour faire face à tout, de deux ou trois articles supplétifs.

Ces points de vue n'ont pas encore été, je crois, signalés par personne; il est inutile d'en faire ressortir l'importance; ils réduisent à néant toutes les objections qui ont été présentées.

Si je suis aussi affirmatif, c'est que je parle d'après des expériences que j'ai faites sur le terrain. Je ne me fais pas illusion sur l'autorité qui peut s'attacher aux paroles d'un praticien inconnu ; mais, en définitive, c'est la même autorité que celle qui s'attache aux paroles d'un ouvrier qui a passé sa vie à faire mouvoir une machine compliquée et dangereuse, et qui prétendrait avoir trouvé un mécanisme réunissant la simplification à la sécurité. Est-ce qu'un ingénieur, quel que puisse être son savoir, refuserait de l'écouter?

Cette nécessité de recourir à l'expérimentation est, elle aussi, dans la nature des choses. On peut passer en revue toutes les conquêtes de la science, on n'en trouvera aucune qui ait été obtenue par la seule force de la discussion; il a toujours fallu que les faits soient intervenus aux débats et aient fait aux objections une réponse sans réplique.

Digitized by Google

Les rapports de l'Académie des sciences sur l'impossibilité d'appliquer la vapeur à la navigation et à la traction sur les chemins de fer, sont restés célèbres. Le fusil à aiguille a été tourné en dérision par un journal spécial, *la Sentinelle*, qui, ce jour-là, ne fit pas preuve d'une grande vigilance. M. Babinet a démontré, avec beaucoup de conviction et d'autorité, que le câble transatlantique ne pourrait pas fonctionner. Il y a toute apparence que si les Anglais avaient engagé une discussion, ils auraient été battus par le célèbre académicien; mais ils ont choisi le véritable terrain de la lutte et ont obtenu une victoire éclatante.

Ces exemples ne doivent pas être perdus. *Expérience passe science*, dit la Sagesse des nations, c'est à l'expérience qu'il faut recourir.

X.

Maintenant cette question est-elle assez importante pour provoquer toute la sollicitude du législateur? Il semble véritablement oiseux d'insister à cet égard. Est-ce que chacun des propriétaires qui cultivent le sol de la France n'est pas exposé d'un moment à l'autre à vendre, à acheter, à prêter ou à emprunter? N'y a-t-il pas pour chacun d'eux un intérêt de premier ordre à pouvoir faire ces opérations avec le plus de facilité et de sécurité possibles? Tout cela semble de la dernière évidence, et cependant, comme si tout ce qui touche à cette question était fatalement voué à la prévention et à l'erreur, tout cela a été contesté.

Ainsi l'on a prétendu qu'une organisation efficace du crédit foncier était pour le cultivateur un funeste présent; que lui donner le moyen d'emprunter, c'était lui donner le moyen de se ruiner.

Si jamais les emprunts ont été à l'ordre du jour, c'est certainement à notre époque; on peut dire en toute vérité que depuis les plus puissants États jusqu'aux plus humbles individualités, qu'en un mot la société tout entière ne marche que par l'emprunt. Il s'en faut de beaucoup que tous les emprunts soient utiles à ceux qui les contractent; il en résulte souvent pour eux une grande gêne, et quelquefois, par contrecoup, une gêne générale.

Digitized by Google

Cependant, parmi les diverses catégories d'emprunteurs, il en est une qui n'emprunte que dans des cas de nécessité absolue; qui se libère lentement, mais avec exactitude; qui, alors même que l'emprunt est onéreux pour elle, le fait tourner au profit de l'intérêt général, car le produit en est affecté à l'amélioration du sol. Chose assurément bien singulière! on n'a trouvé rien de mieux que de restreindre pour ce cas les facilités de crédit dont on est si prodigue pour les autres.

Si l'on avait une idée des inconvénients qui en résultent, on ne voudrait, à aucun prix, laisser se prolonger une pareille situation. Nous allons essayer de le démontrer.

Supposons, et malheureusement ce n'est pas là une hypothèse gratuite, supposons qu'un département entier soit ravagé par quelque fléau, comme le fut il y a deux ans, par une inondation, le département de la Lozère. Dans ce département, comme dans les autres, il y aura des riches et des pauvres. Examinons la situation de deux propriétaires, l'un créancier, l'autre débiteur. L'année sera rude pour le premier; il faudra relever des constructions enfouies, combler les ravins, regarnir les pentes dénudées, suppléer à l'absence de toute récolte. Pour faire face aux nécessités de la situation, il aura besoin de toute son énergie; il lui faudra réaliser toutes ses ressources. L'année sera tout aussi rude pour le second; il aura, lui aussi, besoin de toute son énergie et des mêmes ressources, et c'est à lui en ce moment même qu'on sera forcé de demander le remboursement de ce qu'il doit. L'expropriation ne sera que trop souvent le dénoûment obligé de cette situation; mais que se vendra une propriété dévastée dans un pays ruiné? Peu de chose, sans doute. La conséquence de tout cela sera la dispersion de la famille, l'abandon, par le cultivateur, des travaux des champs pour les travaux des villes, qui lui offriront des salaires élevés, des institutions de bienfaisance de toute sorte, et la triste satisfaction, au lieu de souffrir isolé et perdu dans les terres, de pouvoir dans les moments de crise, à l'aide des grèves, faire supporter à la société tout entière le contre-coup de ses souffrances.

Sans doute il ne faut pas espérer de pouvoir remédier à tout; mais il est bien évident que si, dans la mesure des garanties qu'il peut offrir, un facile crédit était mis à la disposition de chaque propriétaire, le mouvement d'émigration des

Digitized by Google

populations des campagnes vers les villes, qui fait depuis quelque temps l'objet des préoccupations générales, trouverait là une cause puissante de ralentissement. Cela vaudrait infiniment mieux que les plus beaux discours sur le bonheur des champs et les exhortations des statisticiens effrayés.

Une autre question qui se présente de temps à autre avec un caractère d'extrême gravité, et qui il y a peu de temps préoccupait vivement les hommes d'État et l'opinion publique, est la question des subsistances. Ce qui contribue ordinairement à en atténuer la gravité, ce sont les approvisionnements qui restent aux mains des propriétaires. Il y a, en effet, chez le propriétaire une tendance bien prononcée, surtout lorsque les denrées sont à vil prix, à les conserver le plus longtemps possible : on peut faire, en effet, une enquête sur une localité quelle qu'elle soit, on verra que partout la quantité de blé conservé est en proportion exacte avec le nombre de propriétaires aisés.

Malheureusement tous ne sont pas en mesure de faire cette opération. La plupart, pour faire face à des besoins pressants ou à des échéances fixes, sont obligés de vendre à tout prix. Il est évident que dans les moments d'abondance ils contribuent ainsi à précipiter les cours à leur grand désavantage et au grand désavantage de l'agriculture. Ceux, au contraire, qui peuvent attendre contribuent par leur abstention à arrêter la baisse, et, en outre, les denrées conservées par eux deviennent, en temps de disette, une ressource précieuse. En arrêtant ainsi tantôt la baisse, tantôt la hausse, ils contribuent à maintenir les cours dans une moyenne également avantageuse aux producteurs et aux consommateurs.

Si un facile crédit était mis à la disposition de tous les propriétaires, ils seraient à peu près tous en état de conserver une partie de leurs récoltes pour les vendre au moment opportun. Il y a en France six millions de propriétaires ruraux, supposons qu'il en résultât pour l'approvisionnement de chacun d'eux un accroissement de 2 hectolitres en moyenne, ce serait pour l'approvisionnement général un accroissement de 12 millions d'hectolitres. La France ne serait pas dans la nécessité de racheter à 30 et 35 francs ce qu'elle a vendu à 15 et 18 francs. On peut même prévoir avec les immenses ressources financières de notre pays que, pour peu qu'il ait d'aug-

Digitized by Google

mentation dans la moyenne de l'approvisionnement de chaque propriétaire, la France pourrait faire l'opération inverse : acheter à 15 francs pour revendre à 30 francs, et devenir ainsi pour les peuples voisins un grenier d'abondance.

XI.

Les résultats de l'enquête n'ont pas encore été publiés ; mais d'après ce qu'il nous a été donné d'en connaître, le vœu de rattacher à l'inscription cadastrale la preuve de la propriété foncière a été émis bien souvent. Voilà donc les représentants de l'agriculture qui interviennent dans la question, et quelques-uns avec autant d'énergie que de persévérance. On peut citer particulièrement le conseil général et tous les conseils d'arrondissement du département de l'Aisne, qui ne cessent de réclamer depuis un grand nombre d'années.

Ce mouvement est destiné à s'accentuer chaque jour davantage et finira par être irrésistible. Les jurisconsultes ne doivent pas y rester étrangers. On les voit partout ailleurs prendre la direction des idées progressistes et ils persistent, dans le cas qui nous occupe, à maintenir un état de choses reconnu défectueux depuis des siècles, car il a été condamné par Sully et Colbert. On repousse le système de l'inscription parce qu'il est d'origine allemande ; cette raison, que du reste nous croyons avoir réfutée surabondamment, n'est pas digne de l'époque qui a inauguré le libre échange. Pourquoi, en effet, les fruits de l'expérience, les produits des travaux intellectuels ne seraient-ils pas librement, sympathiquement échangés, comme les fruits du sol et les produits de l'industrie ?

Il y a mieux : la réforme que nous sollicitons, nous semble être le corollaire obligé des doctrines libre-échangistes. Si par la suppression des droits dits protecteurs, le cultivateur doit entrer dans la lice privé de toute protection, c'est bien le moins qu'il ait la libre disposition de toutes ses forces, qu'on lui remette en main après l'avoir perfectionné autant que possible, ce qui de nos jours, pour les particuliers comme pour les États, est le premier instrument de la lutte, le crédit.

Nous aurions pu invoquer bien d'autres considérations, mais nous croyons en avoir assez dit pour inspirer au moins des doutes sérieux et démontrer qu'une expérience seule peut les

Digitized by Google

éclaircir. Tout le monde sait que ce sont les choses les plus simples auxquelles on pense quelquefois le moins : l'idée de recourir à cette expérience ne viendrait peut-être jamais à personne; nous profitons de l'occasion que nous offrent l'initiative de MM. Tourangin et Bonjean et les vœux émis dans l'enquête agricole pour appeler sur elle l'attention. Nous sommes profondément convaincu qu'elle résoudrait toutes les difficultés, et tout particulièrement celle de la dépense qui, au lieu de 300 millions, comme on ne cesse de le répéter, pourrait être aisément réduite à un chiffre insignifiant.

TRÉMOULET.

DE LA PATENTE DES PROFESSIONS LIBÉRALES[1].

Par M. Reverchon,
avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ancien maître des requêtes au Conseil d'État.

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS HISTORIQUES ET PRÉLIMINAIRES.

1. Législation de 1791 à l'an VII et à 1844.
2. Loi du 25 avril 1844 ; exposé des motifs; rapports; discussions.
3. Proposition faite en 1849 à l'Assemblée constituante et au Conseil d'État ; avis du Conseil d'État.
4. Loi du 18 mai 1850; exposé des motifs; rapport; vote.
5. Résumé; observations; esprit général de la jurisprudence.

1. L'origine de la contribution des patentes remonte, dans notre droit actuel, à la loi des 2-17 mars 1791. Après avoir, par ses premiers articles, réalisé la grande mesure que Turgot avait eu l'honneur de faire décréter en février 1776, mais qu'il avait provisoirement entraînée dans sa regrettable disgrâce; après avoir, en d'autres termes, prononcé la suppression

[1] J'emploie cette expression parce qu'elle est consacrée par l'usage et que cet usage me paraît reposer sur de bonnes raisons, tout en sachant parfaitement qu'à proprement parler il n'y a pas de profession illibérale. Dans tous les cas, je l'emploie aussi pour être plus bref, c'est-à-dire pour désigner d'un seul mot les professions comprises dans le tableau G, annexé à la loi de finances du 18 mai 1850.

Digitized by Google

des maîtrises et jurandes et des droits qui en dépendaient, cette loi contenait, dans son article 7, les dispositions suivantes :

« A compter du 1er avril prochain, il sera libre à toute per-
« sonne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art
« ou métier qu'elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se
« pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le montant
« suivant les taux ci-après déterminés, et de se conformer
« aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. —
« Sont exemptés de l'obligation de se pourvoir de patente :
« 1° les fonctionnaires publics exerçant des fonctions gra-
« tuites ou salariées par le trésor public, pourvu néanmoins
« qu'ils n'exercent point d'autres professions étrangères à
« leurs fonctions; 2° les cultivateurs occupés aux exploitations
« rurales; 3° les personnes qui ne sont pas comprises au rôle
« de la contribution mobilière pour trois journées de travail;
« 4° les apprentis, compagnons et ouvriers à gages, travail-
« lant dans les ateliers de fabricants pourvus de patentes;
« 5° les propriétaires et les cultivateurs pour la vente de leurs
« bestiaux, denrées et productions, excepté le cas où ils ven-
« draient les boissons de leur cru à pinte et à pot. »

Dès cette époque, on voit que ce n'est pas seulement le *négoce*, c'est-à-dire le commerce ou l'industrie, qui est assujetti à la patente : c'est toute *profession* quelconque, sauf celles qui sont ou seront spécialement et formellement exemptées par la loi. C'est ainsi, indépendamment des exceptions écrites dans le texte qui vient d'être cité, que la loi des 29 septembre-6 octobre 1791, portant organisation du notariat, avait jugé nécessaire (tit. 1er, sect, 2, art. 16), d'affranchir expressément les notaires de tous droits de patente. Peu de temps après, les médecins réclamèrent contre l'application qui leur était faite de la loi sur les patentes : une première décision de l'Assemblée législative renvoya leur demande au comité des finances; mais cette décision fut rapportée, le 15 avril 1792, à la suite d'une courte discussion dont le *Moniteur* du 19 avril (p. 452) rend le compte suivant :

« M. Rouyer. L'Assemblée a renvoyé au comité de l'ordinaire des finances la pétition des médecins, qui demandent une interprétation de la loi sur les patentes. Renvoyer à ce comité, c'est dire, de la part de l'Assemblée, qu'elle n'est pas

Digitized by Google

assez éclairée. Or dire cela, c'est fermer les yeux à l'évidence. Je demande le rapport du décret qui ordonne ce renvoi, et je propose à l'Assemblée de déclarer que tous les citoyens qui vivent de professions lucratives sont assujettis au droit de patente.

« M. Broussonnet. Je demande par amendement qu'on y comprenne les défenseurs officieux [1].

« M. Merlet. Je conviens que toutes les professions, tous les arts et métiers sont assujettis; mais le défenseur officieux n'exécute point un art, ni un métier, ni une profession. Il est permis par la Constitution à tout citoyen de défendre son ami. Je demande la question préalable sur cet amendement.

M. Lagrevol. Il faut faire à l'amendement de M. Broussonnet une distinction qui me paraît admissible. Le citoyen qui exerce une fois en sa vie la fonction de défenseur officieux ne doit point payer de patente, sans contredit; mais je crois qu'on doit y assujettir les hommes de loi qui exercent journellement près les tribunaux cette même fonction.

« On fait lecture de la loi sur les patentes.

« L'Assemblée rapporte le décret qui ordonne le renvoi de la pétition des médecins au comité de l'ordinaire des finances et passe à l'ordre du jour motivé snr cette pétition et sur toutes les proposition qui viennent d'être faites. »

Le 28 frimaire an V, le Conseil des Cinq-Cents adopta un projet de loi qui dispensait désormais de la patente : 1° les peintres, graveurs, sculpteurs et architectes, alors du moins qu'ils n'avaient ni boutiques ni écriteaux et qu'ils ne faisaient aucune entreprise, soit en peinture, soit en sculpture, soit en bâtiment; 2° les officiers de santé [2]. Mais, au Conseil des Anciens, ce projet donna lieu, le 5 nivôse an V, à une discussion dans laquelle se produisirent des arguments qui sentent singulièrement le temps. « Ce n'est, dit un membre, qu'un

[1] On sait que l'article 10 de la loi des 2-11 septembre 1790, relative à l'organisation judiciaire, avait supprimé l'ordre des avocats. Toutefois l'article 3 de la loi des 29 janvier-20 mars 1791 avait permis aux parties d'employer devant les tribunaux, indépendamment du ministère des avoués, celui des *défenseurs officieux*, pour leur défense, soit verbale, soit par écrit.

[2] A cette époque l'enseignement de la médecine ne formait plus que des officiers de santé ; les grades de docteur en médecine ou en chirurgie n'ont été rétablis que par la loi du 19 ventôse an XI.

Digitized by Google

« privilége, et je n'en veux pas; quelle si grande distance y « a-t-il entre les savants et les autres hommes? Il ne faut qu'une « intelligence médiocre et de l'application pour devenir un « savant, tandis qu'il faut de véritables disposilions pour être « un bon maçon. » Un autre membre s'indigne d'entendre parler d'arts *libéraux*, et s'écrie qu'il n'y a plus d'arts libéraux, puisqu'il n'y a plus d'arts serviles. En définitive, le projet est rejeté.

Cependant la législation sur les patentes, partiellement modifiée par diverses lois, appelait une révision et une refonte générale; tel fut l'objet de la loi du 1er brumaire an VII, qui a régi la matière jusqu'à 1844. A première vue, cette loi semble conçue dans un autre système que la loi de 1791; en d'autres termes, elle semble ne frapper de la patente que les commerces, industries et professions nominativement indiqués par elle; car son article 3 dispose que, *dans toute l'étendue de la République, ceux qui exerceront le commerce, l'industrie, les métiers ou professions désignés dans le tarif ci-annexé, seront tenus de se munir d'une patente*, etc. Mais il faut rapprocher de ce texte les articles 29 et 35, dont le premier énumère limitativement les professions qui ne seront pas assujetties à la patente, et dont le second décide que les commerces, industries ou professions non désignés au tarif n'en seront pas moins assujettis à la patente, d'après un classement par analogie dont il détermine les formes. L'article 29, notamment, était ainsi conçu :

« Ne sont pas assujettis à la patente : 1° les fonctionnaires « publics et employés salariés par la nation, en ce qui con- « cerne seulement l'exercice de leurs fonctions; 2° les labou- « reurs et cultivateurs, seulement pour la vente des récoltes « et fruits provenant des terrains qui leur appartiennent ou « par eux exploités, et pour le bétail qu'ils y élèvent; 3° les « commis, les ouvriers journaliers et toutes personnes à gages, « travaillant pour autrui dans les maisons, ateliers et bouti- « ques de ceux qui les emploient, etc.; 4° les peintres, gra- « veurs, sculpteurs, considérés comme artistes et ne vendant « que le produit de leur art; 5° les officiers de santé attachés « aux armées, aux hôpitaux ou au service des pauvres, par « nomination du gouvernement ou des autorités constituées; « 6° les sages-femmes; 7° les maîtres de la poste aux che-

Digitized by Google

« vaux; 8° les pêcheurs; 9° les cardeurs, fileurs de laine « et coton, les blanchisseuses, les savetiers, les tripiers; « 10° ceux qui vendent en ambulance, dans les rues, dans les « lieux de passage et dans les marchés des communes, les « fruits, les légumes, le beurre, les œufs, le fromage et autres « menus comestibles. Tous ceux qui vendront d'autres objets, « même en ambulance, échoppe ou étalage, payeront la « moitié du droit que payent ceux qui vendent en boutique. »

Cet article a donné lieu à quelques débats dans le Conseil des Cinq-Cents (1er et 2e complémentaire an VI). Un membre demanda d'abord que les citoyens exerçant les fonctions d'avoué et de défenseur officieux fussent exemptés de la patente; mais la question fut réservée ou ajournée jusqu'au moment où l'on s'occuperait de l'organisation judiciaire. Un autre membre contesta de nouveau l'exemption proposée par le projet pour les peintres, graveurs et sculpteurs considérés comme artistes : cependant, après une épreuve douteuse, l'article fut adopté. Mais les architectes furent moins heureux; l'assemblée rejeta l'exemption également proposée en leur faveur. Enfin un membre demanda, quant aux officiers de santé, que la dispense de la patente ne fût pas limitée à ceux qui seraient attachés aux armées, aux hôpitaux ou au service des pauvres, par nomination du gouvernement ou des autorités constituées ; mais la disposition primitive du projet à cet égard fut maintenue.

Le tarif annexé à la loi du 1er brumaire an VII ne comprenait d'ailleurs pas nominativement toutes les professions qui figurent aujourd'hui dans le tableau G de la loi du 18 mai 1850. On y trouvait : dans la seconde classe, les notaires[1] et les architectes; dans la troisième, les huissiers et les huissiers-priseurs; dans la quatrième, les officiers de santé et les dentistes. On n'y trouvait ni les avoués ni les avocats; à la rigueur, l'administration aurait pu essayer de les imposer par analogie, conformément à l'article 35 de la loi; mais, en fait, elle les a laissés jusqu'à 1844 sous le bénéfice de l'ajournement prononcé dans la discussion ci-dessus analysée. On n'y trouvait pas non plus les docteurs en médecine et en chirurgie, qui, ainsi que je l'ai dit, n'existaient pas ou

[1] Ils ont été ultérieurement exemptés par l'article 33 de la loi organique du 25 ventôse an XI, qui les a régis sur ce point jusqu'à 1850.

Digitized by Google

n'existaient plus en l'an VII ; mais dès qu'ils eurent été rétablis en l'an XI, l'administration des contributions directes leur appliqua la patente dont la loi de l'an VII frappait les officiers de santé. On n'y trouvait pas davantage les chefs d'institution et les maîtres de pension; mais ils n'avaient pas, à proprement parler, de place dans l'instruction publique, telle qu'elle était alors organisée, et plus tard les droits qu'ils eurent à payer à l'Université parurent longtemps former l'équivalent d'une patente.

2. Il suffit de mentionner ici un projet de loi qui fut présenté en 1834 à la Chambre des députés, et qui assujettissait expressément à cet impôt les notaires, les avoués, les avocats, etc, mais qui ne fut pas discuté. Arrivons immédiatement à celui qui est devenu la loi du 25 avril 1844. Dans l'exposé des motifs (4 février 1843), M. le ministre des finances s'exprimait ainsi :

« Nous nous conformons également au projet de 1834, en « ce qui concerne la suppression de l'exemption de patente « accordée aux médecins et chirurgiens attachés aux hôpi- « taux et établissements de bienfaisance. Mis en évidence et « recommandés à la confiance du public par le titre dont ils « sont revêtus, ils exercent ordinairement leur profession « avec plus d'avantages que leurs confrères et doivent sup- « porter les mêmes charges. — Le même projet faisait cesser « l'exemption dont jouissent les avocats, les notaires et les « avoués, et la commission de la Chambre des députés avait « donné son assentiment à cette innovation. Nous n'avons « pas hésité à vous demander de la consacrer pour les no- « taires et les avoués. Possesseurs de charges transmissibles, « il est juste qu'ils supportent une part de l'impôt sur les béné- « fices qu'ils en retirent, d'autant plus qu'ils ont, compara- « tivement à d'autres professions, cet avantage que la limi- « tation de leur nombre restreint les effets de la concurrence. « — Les avocats ne sont pas dans la même situation : leur « clientèle n'est pas transmissible ; enfin ils n'ont pas d'ac- « tion pour le payement de leurs honoraires. Ces considéra- « tions, et surtout la dernière, nous ont portés à vous propo- « ser, non sans quelque hésitation, d'étendre en leur faveur « l'exemption déjà accordée aux peintres, sculpteurs et autres, « exerçant des professions purement libérales. »

Digitized by Google

Mais la commission de la Chambre des députés n'entra point dans cette voie, et, tout en admettant pleinement que la patente devait être imposée, non seulement au commerce ou à l'industrie, mais à toute *profession*, elle pensa que ce principe général comportait d'autres exceptions que celles qui étaient proposées par le projet de loi. Je crois devoir reproduire *in extenso* la partie du remarquable rapport de M. Vitet (20 mai 1843), dans laquelle cette question a été traitée :

« Tout Français ou étranger qui exerce en France une profession ou une industrie, doit être muni d'une patente : voilà la règle. Mais toutes les lois sur la matière, depuis 1791, on exempté de cette règle un certain nombre de professions.

« On peut diviser en plusieurs catégories ceux qui jouissent de ces exemptions : 1° les fonctionnaires publics; 2° les officiers ministériels; 3° les personnes qui exercent les professions dites libérales; 4° les agriculteurs, etc. »

Le rapport s'occupe d'abord des fonctionnaires publics, et continue ensuite dans les termes suivants :

Officiers ministériels.

« Quant aux officiers ministériels, les lois en vigueur ne les ont pas tous traités de la même manière : les uns ont été assujettis à la patente, les autres en sont exemptés. Parmi ceux-ci se trouvent les notaires, les avoués, les avocats à la Cour de cassation, les greffiers; parmi les autres, les huissiers, les commissaires-priseurs, les agents de change, les courtiers.

« Cette distinction n'est pas, au fond, aussi arbitraire qu'elle peut le paraître au premier abord.

« En principe, tous les officiers ministériels devraient être exempts du droit de patente, attendu que leurs offices sont soumis, sinon à un impôt proprement dit, du moins à des charges qui profitent à l'État. Ces charges sont-elles proportionnées à l'importance des offices, c'est une autre question que nous examinerons tout à l'heure ; mais en admettant qu'il y ait lieu d'imposer aux titulaires d'offices un tribut plus fort, ce n'est pas sous forme de patente qu'il faudrait le leur imposer. Qu'on ne croie pas pour cela que nous établissions une prétendue hiérarchie entre les impôts. L'un ne nous semble pas moins noble que les autres, et les officiers ministériels pourraient,

Digitized by Google

selon nous, payer patente sans que leur considération en souffrît le moindre dommage. Mais il existe un autre moyen de les atteindre ; pourquoi n'en pas user? Pourquoi frapper les mêmes professions de deux sortes d'impôts spéciaux? Pourquoi confondre ce qui est distinct? La patente est, à vrai dire, l'impôt des professions non classées, non organisées, dont l'accès est libre à tout le monde. Elle est le passe-port au moyen duquel on entre dans ces professions. Ce serait donc un contre-sens, un oubli complet des principes de la loi de 1791, que de demander la patente à ceux qui exercent des professions privilégiées, en vertu de brevets dont le nombre est limité, et qui se trouvent, à certains égards, dans les mêmes conditions que les membres de ces corporations qui disparurent le jour où les patentes furent créées.

« Ainsi, pour se conformer aux vrais principes, il faudrait que tous les officiers ministériels fussent exempts de la patente. Toutefois, de même que les fonctionnaires publics qui s'écartent du cercle de leurs fonctions peuvent devenir patentables, de même les officiers ministériels, qui, par la nature de leurs charges, sont sans cesse mêlés aux opérations commerciales, non pas en leur propre nom, puisque la loi le leur défend, mais à titre d'intermédiaire, se confondent avec ceux dont ils font les affaires, dont ils pratiquent pour ainsi dire la profession, de telle sorte que le caractère d'officier ministériel ne devient plus en eux qu'accessoire, et qu'on est naturellement conduit à les classer parmi les commerçants.

« C'est par ce motif que les agents de change et les courtiers ont toujours été soumis à la patente, et que, par analogie, les commissaires-priseurs et même les huissiers, qui servent d'intermédiaire pour les ventes d'objets mobiliers, y ont été également assujettis. En présence du long usage qui a pour ainsi dire légitimé cette exception, votre commission n'a pas pensé qu'il fût opportun d'innover. Ceux qui exercent ces professions à titre onéreux savaient en y entrant qu'ils seraient passibles du droit de patente; ils ont fait leurs conditions en conséquence; ils ne peuvent se plaindre que l'état de choses actuel soit confirmé. Nous vous proposons donc de maintenir à la patente les agents de change, les courtiers, les commissaires-priseurs et les huissiers.

« Quant à tous les autres officiers ministériels, nous pen-

Digitized by Google

sons, contrairement au projet de loi, qu'il n'y a pas lieu de les priver de l'exemption dont ils jouissent aujourd'hui, sauf au gouvernement à examiner si, indépendamment des impôts ordinaires qu'ils payent comme tous les autres citoyens, ils supportent pour le fait même de leur profession des charges suffisantes.

« Tous les titulaires d'offices sont soumis à un cautionnement : l'État leur paye un intérêt de 4 p. 100. A considérer le taux actuel des fonds publics, la perte d'intérêt est pour eux presque nulle, tandis qu'il y a vingt ans le sacrifice était réel. On peut donc élever la question de savoir si, pour les officiers ministériels qui ne payent pas patente, il conviendrait que le taux de l'intérêt des cautionnements fût abaissé.

« Enfin, le droit d'enregistrement établi sur le montant des offices, depuis quelques années, est-il convenablement fixé? C'est encore une question que nous ne pouvons qu'indiquer ici, et qu'il ne nous appartient pas de traiter ; seulement nous devons dire que le droit de mutation, même à son taux actuel, est un impôt bien plus exactement équitable que ne peut jamais être l'impôt des patentes, puisqu'il varie à raison de la valeur de la charge transmise par l'officier ministériel, et que la valeur de la charge est un signe certain de l'importance relative des produits qu'elle procure.

« Il faut donc se garder d'assujettir à la patente les officiers ministériels qui en sont actuellement exempts, non seulement parce qu'il y a une sorte de contradiction entre l'essence même du droit de patente et la condition privilégiée de titulaires d'offices, mais parce que le gouvernement, s'il croit devoir les faire participer pour une plus forte part aux charges publiques, peut disposer de moyens spéciaux qui sont à la fois plus convenables et plus exacts que l'impôt des patentes.

« Ces raisons nous semblent suffisantes pour justifier notre proposition : nous nous dispenserons donc de vous faire l'analyse des nombreuses pétitions qui, de toutes parts, vous ont été adressées par des notaires et des avoués, et que vous avez transmises à votre commission, etc.

Professions libérales.

« S'il est juste d'exempter de la patente les officiers ministériels, parce qu'ils sont soumis à des charges particulières

Digitized by Google

qu'on peut appeler l'impôt spécial des offices, un motif du même genre ordonne d'affranchir les professions dites libérales. On peut, jusqu'à un certain point, considérer comme leur impôt spécial le sacrifice de temps et d'argent nécessaire pour acquérir, soit un diplôme, soit les connaissances sans lesquelles nul ne peut avec succès embrasser ces sortes de professions.

« Aussi, jamais la contribution des patentes n'a-t-elle été imposée ni aux avocats, ni aux professeurs ou instituteurs, ni aux artistes, ni aux acteurs, ni à aucune personne possédant un de ces arts qui s'acquièrent par de longues études, et qui s'exercent par une simple dépense d'intelligence et d'activité.

« Toutefois, il est une exception qu'on a peine à s'expliquer, une profession qui remplit au plus haut degré les conditions auxquelles l'exemption de la patente semble toujours attachée; la profession de médecin n'a jamais joui jusqu'à présent de cette exemption, sauf dans des cas où elle lui était accordée en échange de services publics et gratuits.

« Cette anomalie ne peut se comprendre que quand on remonte à l'époque où fut organisé le système des patentes, et quand on examine ce qu'était alors la profession de médecin. Depuis 1792 jusqu'en ventôse an XI, il fut permis à tout homme, fût-il sans études, sans lumières, sans instruction, d'exercer la médecine, à la seule condition de se faire délivrer une patente qu'on accordait indifféremment à tous ceux qui se présentaient pour l'obtenir.

« Ici, nous ne pouvons que répéter ce que nous disions tout à l'heure à propos des offices. Quand une profession est ouverte à tout venant, la patente n'est pas seulement légitime, elle est nécessaire; mais quand la profession est soumise à des règles, à des conditions; quand il n'est plus loisible d'y pénétrer comme on veut, soit parce que l'exercice n'en est confié qu'à un nombre limité de personnes, soit parce qu'il y a des épreuves de capacité à subir, alors la patente ne peut être demandée que par une sorte de méprise, par un malentendu, et un oubli des principes sur lesquels repose cette nature d'impôt.

« Il suit de là que les médecins auraient dû être exemptés de la contribution des patentes à dater du jour où la loi de ventôse an XI vint rétablir la médecine dans son état normal. Mais, tandis que la loi sur le notariat tranchait explicitement la ques-

Digitized by Google

tion, la loi sur la médecine se contentait de n'en point parler : son silence, il est vrai, provenait peut-être moins d'un oubli que de l'idée que l'exemption étant de droit, elle devait être tacite. Ce qui semble le prouver, c'est que, dans la même année, le 21 germinal, une autre loi institua la pharmacie, et que, dans cette loi, il fut dit que les pharmaciens payeraient patente. Quoique soumis à des règles d'admission, les pharmaciens sont, avant tout, marchands de médicaments. Le caractère libéral de leur profession n'est qu'accessoire, tandis que les médecins, depuis la loi de l'an XI, n'ont pas même le droit de vendre un médicament, et exercent une profession purement et exclusivement libérale. On pourrait donc prétendre que la loi de germinal était une sorte de commentaire de la loi de ventôse; que le silence de l'une s'expliquait par les paroles de l'autre, et que, puisqu'il fallait dire que les pharmaciens étaient patentables, c'est qu'il allait sans dire que les médecins ne l'étaient pas.

« Néanmoins, depuis cette époque, ils ont été et sont encore patentés, mais ils n'ont pas cessé de faire les plus vives protestations. Ils demandent avec raison pourquoi les avocats jouissent d'une immunité qui leur est refusée. Quelle est en effet la différence entre le diplôme d'un avocat et celui d'un médecin? Si l'on compare la durée des études, le nombre des épreuves, la longueur du noviciat, c'est plutôt au médecin que l'exemption paraîtrait due.

« Pour justifier la préférence que le projet de loi accorde aux avocats, l'exposé des motifs se fonde sur ce qu'ils n'ont pas d'action, comme les médecins, pour le payement de leurs honoraires. Mais cette interdiction ne résulte d'aucune loi. C'est une mesure de discipline intérieure à laquelle on ne sait que trop qu'il est aisé de se soustraire. On ne peut donc s'appuyer sur un tel motif pour exempter les uns et imposer les autres.

« Il n'y a pas de milieu, selon nous : il faut soumettre à la patente les avocats comme les médecins, ou il faut accorder aux médecins l'exemption qui est acquise aux avocats.

« Entre ces deux partis, nous ne pensons pas que vous puissiez hésiter. Si vous demandiez une patente à l'avocat, vous devriez nécessairement en demander une à l'artiste, et à quiconque exerce une profession libérale. Toute distinction serait

Digitized by Google

arbitraire et injustifiable. Il vous faudrait imposer en masse les uns comme les autres. Or, indépendamment des difficultés d'une telle entreprise, il est encore un motif pour ne pas assujettir à la patente ces sortes de professions : c'est qu'il est presque impossible de distinguer ceux qui les ont embrassées sérieusement de ceux qui ne les exercent que nominalement : personne ne fait du commerce ou de l'industrie en amateur, tandis qu'on peut très-bien être avocat, artiste, médecin même, sans plaider une cause, sans vendre un tableau, ou sans voir un malade.

« Comment sortir de ce dédale? Comment trouver des conditions équitables pour appliquer l'impôt? N'est-il pas plus simple, plus naturel et plus juste de réparer la longue erreur commise envers les médecins? Déjà, en 1826, le gouvernement, par l'organe de M. Cuvier, reconnaissait devant la Chambre des pairs que cette erreur devait avoir un terme, et peu s'en fallut que les Chambres ne consacrassent alors l'exemption que nous vous demandons de prononcer aujourd'hui.

« La seule considération qui pourrait contre-balancer tant de raisons d'équité, ce serait l'intérêt du trésor. Sans doute, en exemptant les médecins, vous renoncez à un produit que des calculs exacts faisaient monter, en 1827, à 226,000 fr., et qui est aujourd'hui certainement plus élevé, sans qu'il soit possible d'en préciser le chiffre. Mais s'il fallait absolument compenser cette perte, s'il fallait demander non-seulement aux médecins, mais aux avocats et à quelques autres professions libérales, une addition à leurs charges actuelles, ce ne serait qu'à la condition de trouver telle autre taxe mieux appropriée à la nature de ces professions et plus facile à asseoir équitablement que le droit de patente.

« Votre commission se borne à émettre cette idée. Il ne lui appartient pas de l'approfondir, et elle vous demande seulement de décider, quant à présent, que l'exemption dont jouissent les avocats sera commune aux médecins.

« Nous n'avons pas parlé jusqu'ici des chrirurgiens, mais il va sans dire que la décision que vous rendrez à l'égard des médecins devra leur être applicable.

« Quant aux sages-femmes, même en l'an VII, on leur accordait l'exemption : il n'est pas possible de la leur refuser.

Digitized by Google

« Quelques doutes sont permis relativement aux officiers de santé, aux vétérinaires, aux oculistes et aux dentistes.

« Les épreuves scientifiques subies par les officiers de santé sont assez peu sérieuses, et ne sembleraient guère mériter la faveur que nous demandons pour les médecins. Les oculistes, et surtout les dentistes, font presque tous un petit négoce de médicaments, qui devraient, peut-être, les faire assimiler aux pharmaciens. Enfin, parmi les vétérinaires, il en est beaucoup qui exercent leur état sans avoir rempli les conditions d'aptitude exigées dans les écoles.

« Malgré ces objections, votre commission n'a pas cru qu'il fallût faire peser la patente sur ces annexes de la médecine; seulement il doit être bien entendu que le vétérinaire qui n'aura pas de brevet, ainsi que l'oculiste et le dentiste qui exerceront sans diplôme, ou qui feront du commerce des médicaments leur industrie principale, seront assujettis à la patente.

« Nous n'avons rien à dire sur toutes les autres professions libérales : les exemptions dont elles ont toujours joui sont maintenues par le projet de loi.

« Toutefois, comme on s'étonnera peut-être que les architectes ne se trouvent pas compris dans la même catégorie que les peintres et les sculpteurs, il est bon d'en dire un mot. A coup sûr, s'il s'agissait d'une question d'art, l'architecture devrait marcher de pair avec ses deux sœurs; mais il ne s'agit que de professions, et celle de l'architecte diffère sur beaucoup de points des deux autres. L'architecte n'invente pas seulement des plans d'édifices, il les fait exécuter : il emploie à la fois des dessinateurs pour copier ses projets, et des commis pour dresser ses devis. Son atelier est aussi un bureau; il est expert en même temps qu'artiste, il s'occupe de la valeur des choses tout aussi bien que de leur beauté. On ne doit donc pas s'étonner que, dans cette situation mixte, ayant pour ainsi dire deux caractères, il se trouve par l'un d'eux assujetti à la patente. Nous n'avons pas pensé qu'il y eût de suffisants motifs pour l'en affranchir. »

Aucun débat ne fut, à proprement parler, soulevé sur ces dispositions, auxquelles le ministre des finances donna son adhésion; elles furent pourtant contestées par un député, M. Houzeau-Muiron, qui les attaqua comme constituant un

Digitized by Google

privilége au profit des professions qu'elles concernaient. La Chambre se montra même plus libérale ou, à vrai dire, plus conséquente encore que la commission. D'abord, sur un amendement de M. Taillandier, elle ajouta à la liste des exemptions les commissaires-priseurs et les huissiers, qui sont en effet dans la même situation et ne peuvent pas plus faire le commerce que les autres officiers ministériels, sauf les agents de change et les courtiers. En second lieu, sur un autre amendement du même député, et nonobstant l'opposition du ministre des finances[1], elle exempta également les architectes, considérés comme artistes et ne se livrant pas, même accidentellelement, à des entreprises de construction (*Moniteur* du 8 mars 1844).

En définitive, l'article 13 de la loi du 25 avril 1844, indépendamment des autres exceptions qu'il contient, a dispensé de la patente : « 1° les fonctionnaires et employés salariés, « soit par l'État, soit par les administrations départementales « ou communales, en ce qui concerne seulement l'exercice de « leurs fonctions; 2° les notaires, les avoués, les avocats au « Conseil, les greffiers, les commissaires-priseurs, les huis- « siers; 3° les avocats, docteurs en médecine ou en chi- « rurgie, les officiers de santé, les sages-femmes et les vétéri- « naires; les peintres, sculpteurs, graveurs et dessinateurs, « considérés comme artistes et ne vendant que le produit de « leur art; les architectes considérés comme artistes, ne se « livrant pas, même accidentellement, à des entreprises de « construction; les professeurs de belles-lettres, sciences et « arts d'agrément; les chefs d'institution, les maîtres de pen- « sion, les instituteurs primaires; les éditeurs de feuilles pé- « riodiques; les artistes dramatiques. »

3. Au commencement de 1849, M. Magnin-Philippon, membre de l'Assemblée constituante, soumit à cette Assemblée une proposition sur les patentes, qui tendait, entre autres dispositions, à supprimer l'exemption établie en 1844 pour les

[1] On a quelquefois dit que ces dispositions de la loi de 1844 avaient été inspirées par le désir de diminuer le nombre des électeurs; la patente, en effet, concourait à former ou pouvait former seule le cens électoral. Mais on voit qu'elles ont été acceptées par les députés de l'opposition, et que c'est un de ces députés (M. Taillandier) qui a proposé de les étendre, contrairement à l'opinion du ministre des finances.

Digitized by Google

médecins, les architectes, les commissaires-priseurs et les huissiers. Renvoyée à l'examen du Conseil d'État, cette proposition y donna lieu, de la part de la section de législation de ce Conseil, à un projet d'avis négatif, ainisi, conçu sur ce point spécial :

« Considérant que la question de savoir si ces professions « doivent être assujetties à un impôt en raison des revenus « qu'elles procurent, ne concerne pas ces seules professions, « mais qu'elle comprend toutes celles qui, ayant avec elles « des caractères communs, doivent leur être assimilées ;

« Qu'ainsi la profession de médecin présente, avec celle « d'avocat, une étroite analogie ;

« Qu'il en est de même des architectes, lorsqu'ils ne se « livrent à aucune spéculation, comparés aux autres artistes ; « des commissaires-priseurs et des huissiers, comparés aux « autres officiers publics, tels que notaires et avoués ;

« Qu'ainsi c'est à tort que la proposition, en se reportant « à la loi de l'an VII, ne s'occupe que des médecins, archi- « tectes, commissaires-priseurs et huissiers ;

« Que la loi doit embrasser dans leur ensemble toutes les « professions analogues, pour les soumettre au même régime, « et que c'est dans cet esprit que le législateur de 1844, vou- « lant les affranchir toutes de la patente, a effacé les quatre « catégories spéciales que la loi de l'an VII avait atteintes « exceptionnellement ;

« Considérant que la patente s'applique aux professions « industrielles ou commerciales ; qu'elle peut, il est vrai, si « le législateur l'ordonne, comme il l'avait fait pour quel- « ques-unes en l'an VII, atteindre d'autres professions, et par- « ticulièrement toutes celles que la loi de 1844 a exemptées ; « mais que la nature même de ces professions paraît devoir « faire établir pour elles une autre taxe qui se prête à leur « situation spéciale et se plie aux circonstances qui leur sont « propres ;

« Qu'en effet ces professions se présentent, au regard de « l'impôt, sous des aspects fort divers ;

« Que les unes procurent seulement des revenus acciden- « tels, variables, divers, et dont l'importance ne peut être « établie avec certitude, à l'aide des signes qui, pour le com- « merce et l'industrie, servent de base à l'établissement du

Digitized by Google

« droit de patente; qu'elles ne donnent même, à une partie « de ceux qui les exercent, aucun produit dans le sens absolu « du mot, mais seulement l'honneur attaché aux lumières, aux « talents et aux études qu'elles font supposer ;

« Que les autres contribuent déjà, dans une certaine pro- « portion et sous différentes formes, aux charges de l'État ;

« Considérant que le gouvernement a témoigné à plusieurs « reprises, depuis la révolution de février, la résolution d'é- « tablir un impôt sur les revenus mobiliers; qu'un projet « avait été soumis à l'Assemblée nationale, accepté avec « des modifications, et qu'il n'a été retiré qu'avec la décla- « ration formelle de l'intention de saisir de nouveau le pou- « voir législatif de cette grave question ;

« Que c'est au moment où cet impôt sera établi que le légis- « lateur devra rechercher quels revenus y seront soumis, « d'après quelles bases il sera perçu, et résoudre toutes les « questions relatives aux professions exemptées de la pa- « tente par la loi de 1844;

« Que se borner, comme le propose M. Magnin-Philippon, « à reprendre les dispositions de la loi de l'an VII, relative à « quatre professions particulières, ce serait confondre de nou- « veau des objets qui sont régis par des principes diffé- « rents, ne traiter la question que sous un point de vue res- « treint, et anticiper, sans avantage réel pour l'État, sur une « question qui devra embrasser dans leur ensemble tous les « intérêts du même ordre. »

Discutée dans l'assemblée générale du Conseil d'État, cette rédaction parut avoir l'inconvénient d'appeler ou tout au moins de préjuger trop ouvertement la création d'un impôt sur le revenu ou d'une taxe analogue. Le Conseil retrancha en conséquence toute la partie de l'avis qui commençait à ces mots : *qu'ainsi c'est à tort que la proposition, en se reportant à la loi de l'an VII*, et il y substitua simplement, en maintenant le surplus, les paragraphes suivants (avis adopté le 24 mai 1849) :

« Considérant que le législateur de 1844 a pensé que la loi « doit embrasser dans leur ensemble toutes les professions « analogues, pour les soumettre au même régime; que c'est « dans cet esprit qu'il a effacé les quatre catégories spéciales « que la loi avait atteintes exceptionnellement;

Digitized by Google

« Que se borner, comme le propose M. Magnin-Philippon, « à reprendre les dispositions de la loi de l'an VII relatives à « quatre professions particulières, ce serait ne traiter la « question que sous un point de vue restreint, et anticiper, « sans avantage réel pour l'État, sur des discussions qui de- « vront embrasser dans leur ensemble tous les intérêts du « même ordre. »

4. Le 1er octobre de la même année, M. Passy, alors ministre des finances, présenta à l'Assemblée législative, en exécution du § 2 de l'article 4 de la loi du 25 avril 1844 [1], un titre additionnel à la loi du budget des recettes, et contenant des dispositions nouvelles sur les patentes. Il eût été assurément naturel de consulter le Conseil d'État sur ces dispositions, qui touchaient à l'une des matières les plus usuelles de sa jurisprudence; mais le gouvernement préféra user du droit qu'il tenait de l'article 1er de la loi du 3 mars 1849 [2], qui régissait alors l'organisation du Conseil d'État. Dans l'exposé des motifs, le ministre, après avoir rappelé ce qui s'était passé en 1844, s'exprimait ainsi :

« Rien, à notre avis, ne justifie suffisamment une telle im- « munité. La taxe des patentes a pour but d'assurer à l'État « un prélèvement sur les bénéfices attachés à l'emploi des « facultés productives, et il n'existe pas de motifs pour en « exempter des citoyens qui, tout aussi bien que les indus- « triels et les commerçants, trouvent, dans l'exercice de leur « charge ou de leur art, l'aisance et quelquefois la fortune. « L'Assemblée statuera à cet égard; quant à nous, il nous a « paru équitable et juste de rétablir, dans la nomenclature « des patentables, des professions qui nous semblent n'avoir « aucun droit à n'y être pas comprises. »

Et le projet rangeait : dans la seconde classe du tableau A,

[1] Ce paragraphe est ainsi conçu : « Tous les cinq ans, des tableaux ad- « ditionnels, contenant la nomenclature des commerces, industries et pro- « fessions classés par voie d'assimilation, depuis trois années au moins, « seront soumis à la sanction législative. » L'exécution de cette prescription fournissait une occasion naturelle de modifier en même temps, s'il y avait lieu, celles des dispositions de la loi de 1844 dont l'expérience aurait démontré les imperfections.

[2] Cet article autorisait le gouvernement à se dispenser de consulter le Conseil d'État, notamment, sur les projets de loi portant fixation du budget des recettes et des dépenses de chaque exercice.

Digitized by Google

les avoués de première instance et les notaires ; dans la troisième classe, les avoués d'appel et les architectes ; dans la quatrième, les commissaires-priseurs, les huissiers et les agréés près les tribunaux de commerce ; dans la cinquième, les chirurgiens, les dentistes, les médecins, les officiers de santé et les vétérinaires. Il laissait subsister les autres exemptions établies par la loi de 1844.

Le 17 novembre suivant, M. Fould, devenu ministre des finances, proposa à l'Assemblée, par un projet additionnel, de soumettre également les avocats à la patente et de les ranger dans la quatrième classe. Plus laconique encore qne son prédécesseur, M. Fould se contenta de dire : « Il n'y a « aucune raison pour maintenir, à l'égard des avocats, un pri- « vilége qui doit cesser pour toutes les professions libérales. » Mais en même temps qu'ils annonçaient l'intention de faire passer sous le même niveau *toutes les professions libérales*, les deux ministres maintenaient les exemptions accordées, parmi ces professions : 1° aux professeurs de belles-lettres, de sciences et d'arts d'agrément ; 2° aux instituteurs primaires, même libres ; 3° aux sages-femmes ; 4° aux peintres, sculpteurs, graveurs et dessinateurs ; 5° aux éditeurs de feuilles périodiques ; 6° aux artistes dramatiques. Ils maintenaient également, en s'abstenant de la mentionner, l'exception admise de fait jusqu'à ce jour pour les auteurs dramatiques, les compositeurs de musique et hommes de lettres en général. Quelle était la raison de cette inconséquence ? Ni M. Passy ni M. Fould n'ont tenté de l'expliquer, et il est facile de comprendre que la tentative aurait eu peu de succès : car chacun sait que les hommes qui réussissent dans ces diverses professions en tirent des revenus aussi considérables, pour le moins, que peuvent l'être les produits de la clientèle du médecin ou de l'avocat le plus occupé ; dès lors, si *la patente*, comme l'a dit M. Passy, *a pour but d'assurer à l'Etat un prélèvement sur les bénéfices attachés à l'emploi des facultés productives*, il n'existe ni plus ni moins de motifs pour y assujettir les officiers ministériels, les médecins, les avocats, que les artistes, les auteurs dramatiques, les hommes de lettres, puisque ceux-ci, tout aussi bien que ceux-là, *trouvent l'aisance et quelquefois la fortune dans l'emploi de leurs facultés productives*, dans l'exercice de leurs professions.

Digitized by Google

Aussi la commission qui fut saisie de l'examen de ces deux projets ne dissimula-t-elle point que la pression des difficultés financières du temps la décidait seule à accepter ces innovations. On lit à ce sujet dans le rapport de M. Gouin (8 mars 1850) :

« Si nous n'étions pas dans des circonstances qui commandent à tous les citoyens le dévouement et le sacrifice, si « nous pouvions impunément nous permettre les libéralités « qu'il nous paraît juste et opportun d'accorder à certains « patentables, peut-être ne vous proposerions-nous pas de « revenir si brusquement sur une décision qui n'a été prise, « il y a six ans, qu'après de mûres réflexions et un examen « approfondi. La question de savoir si les professions dont il « s'agit doivent être assimulées aux professions passibles de la « patente n'a pas été, comme on le suppose, résolue seulement par la politique; avant tout, on a écouté des raisons « d'équité et de justice distributives qui conservent toute « leur force aujourd'hui. Sauf de rares exceptions, ces professions sont loin d'être aussi lucratives qu'on se plaît à le « proclamer; elles sont grevées, pour la plupart, de charges « spéciales très-lourdes, etc. Toutefois, nous le reconnaissons, « dans la situation présente, maintenir l'exemption dont jouissent ces professions, ce serait leur accorder une apparence « de faveur et de privilége, et soulever contre elles des récriminations passionnées. Nous ne nous opposons donc pas aux « propositions qui les concernent dans les deux projets de « loi; seulement nous avons dû nous demander si ces propositions pouvaient être acceptées telles qu'elles vous sont « faites, ou s'il n'y avait pas lieu d'y apporter quelques modifications.

« La première difficulté qui se présente, quand on veut « faire entrer dans le cadre du tarif des patentes des professions qui ne consistent pas, il faut bien le dire, dans des « actes de commerce, c'est de savoir à quelle catégorie de « patentables il convient de les assimiler. Que vous propose-t-on? de faire entrer les notaires et les avoués de première « instance dans la seconde classe; les avoués d'appel et les « architectes dans la troisième; les commissaires-priseurs, « les huissiers et les avocats dans la quatrième; les médecins, « chirurgiens, dentistes et officiers de santé dans la cinquième.

Digitized by Google

« Mais sur quoi repose cette classification? quelle analogie « trouvez-vous entre la profession de notaire ou d'avoué et le « commerce de demi-gros, auquel la seconde classe est spé- « cialement affectée? Pourquoi confondre les huissiers et les « avocats avec les commerçants de la quatrième classe, plu- « tôt qu'avec ceux de la troisième ou de la cinquième? Pour- « quoi ranger dans la cinquième classe les médecins, les « chirurgiens et les dentistes? et, d'un autre côté, pourquoi « placer les avoués de première instance à une classe plus élé- « vée que les avoués d'appel? Ce qui peut être exact à Paris « l'est-il également dans les départements? Évidemment toutes « ces classifications sont arbitraires : on chercherait vaine- « ment, soit à les justifier, soit à en imaginer de meilleures, « parce que c'est la base même de ces classifications qui est « vicieuse. Les professions dont il s'agit ne peuvent pas être « incorporées dans le cadre du tarif. Elles ont un caractère qui « leur est propre; toute tentative de les classer par voie d'as- « similation doit donc échouer, et, si l'on veut les taxer, il n'y « a qu'un moyen, c'est de créer pour elles une taxe spé- « ciale.

« Cette taxe aura besoin d'être uniforme : car vouloir établir « entre ces professions des divisions, des degrés hiérarchi- « ques, en un mot une classification, ce serait s'exposer à un « autre genre d'embarras et tenter une chose presque aussi « difficile que de les classer par analogie avec des professions « dissemblables.

« Il suit de là que le droit fixe de patente, droit qui procède « par classes et par catégories, ne saurait être appliqué à ces « professions, et qu'au lieu de diviser en deux parties l'impôt « qu'on veut mettre à leur charge, il faut n'en faire qu'une « seule part, sous forme de taxe mobilière supplémentaire ou « de droit proportionnel sur le taux des loyers. C'est là le « seul moyen d'attribuer à chacun sa juste part du fardeau, « sans créer des distinctions imaginaires qu'on ne saurait sur « quoi fonder.

« Tel est le parti auquel nous nous sommes arrêtés, etc.

« Quel sera le taux de ce droit? Si les propositions des « deux projets de loi eussent été acceptées, c'est-à-dire si les « professions dont il s'agit se fussent trouvées rangées dans « les seconde, troisième, quatrième et cinquième classes du

Digitized by Google

« tableau A, c'est le taux du vingtième qui leur eût été de-
« mandé. Nous pensons qu'il y a lieu d'exiger moitié en sus,
« c'est-à-dire le quinzième, afin de compenser la suppression
« du droit fixe. Peut-être le produit de cette taxe ainsi réglée
« ne s'élèvera-t-il pas tout à fait aussi haut que si le taux n'eût
« été que du vingtième, et qu'on eût en outre exigé un droit
« fixe. En effet, pour les quatre classes en question, le produit
« du droit fixe représente, en moyenne, à peu près les huit
« dixièmes des sommes provenant du droit proportionnel
« calculé au vingtième, d'où il suit que, pour compenser ab-
« solument la perte du droit fixe, il eût fallu élever au dou-
« zième environ le taux du droit proportionnel. Mais devions-
« nous perdre de vue que des droits d'examen et de diplôme
« payés à l'État, des cautionnements dont l'intérêt n'est servi
« qu'à 3 p. 100, des droits de mutation de 2 p. 100, qu'il faut
« acquitter à chaque transmission d'office, sont des charges
« spéciales à ces professions, et que ces charges, qui avaient
« paru suffisantes il y a six ans pour motiver une exemption,
« n'en subsisteront pas moins désormais, lorsque l'exemption
« aura disparu? Peut-être aurait-il été juste de considérer
« ces charges comme un équivalent du droit fixe tout entier ;
« or, ce n'est pas même la moitié de ce droit qui se trouvera
« retranchée si, comme nous vous le proposons, le taux du
« droit proportionnel est fixé au quinzième. »

Aucune discussion ne s'engagea dans l'Assemblée sur ces propositions, et, en conséquence, la loi du 18 mai 1850 soumit au droit proportionnel du quinzième de la valeur locative les professions suivantes, comprises dans le tableau G annexé à cette loi :

« Architectes. — Avocats inscrits au tableau des cours et
« tribunaux. — Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cas-
« sation. — Avoués. — Chirurgiens-dentistes. — Commis-
« saires-priseurs. — Docteurs en chirurgie. — Docteurs en
« médecine. — Greffiers. — Huissiers. — Mandataires agréés
« par les tribunaux de commerce. — Notaires. — Officiers de
« santé. — Référendaires au sceau. — Vétérinaires. — Chefs
« d'institution; maîtres de pension. (Les locaux affectés
« au logement et à l'institution des élèves ne seront pas com-
« pris dans l'estimation de la valeur locative.) »

A ces professions il faut ajouter aujourd'hui celle d'ingé-

Digitized by Google

nieur civil, qui a eté assujettie à la même patente par la loi de finances du 4 juin 1858.

5. Il résulte de ces détails, comme je l'ai déjà indiqué, que le législateur de 1850 n'a pas cru devoir revenir sur toutes les exemptions accordées aux professions libérales par la loi de 1844. Il ne faudrait pas toutefois en conclure qu'il y ait désormais aucune chance d'obtenir un retour complet à cette dernière loi, quelque fondés que fussent les motifs sur lesquels elle reposait. Nos vieux jurisconsultes l'ont dit depuis longtemps : *En France, le fisc ne démord et ne quitte jamais un impôt qu'il a eu autrefois* (Loyseau, *Des offices*, liv. 1, chap. 3, n° 40) ; *selon la règle générale et usage de France, le subside une fois mis ne se retranche jamais* (Coquille, *Histoire du Nivernais*, t. I, p. 341 de ses œuvres) [1], et l'histoire du décime de *guerre*, qui n'a jamais cessé de figurer dans nos budgets depuis 1816, quoique le législateur eût déclaré ne l'établir que *provisoirement* à cette époque, prouve que les traditions anciennes à cet égard ont survécu aux révolutions modernes. D'ailleurs, l'impôt qui nous occupe en ce moment n'a guère, en réalité, que deux inconvénients. Le premier, c'est de heurter des principes ; or, une telle considération a peu de poids dans notre pays, où l'utilité fiscale est trop souvent considérée comme constituant elle-même un principe supérieur à tous les autres. En second lieu, il a imposé à la jurisprudence, comme on le verra, l'obligation de se livrer à un travail hérissé de difficultés pour pallier les incompatibilités nombreuses, que la réflexion aurait pu pressentir d'avance et que l'expérience a révélées, entre la nature spéciale des professions libérales et les règles ordinaires de la patente. Mais nos législateurs remettent volontiers à la jurisprudence le soin de remplir les lacunes qu'ils laissent trop souvent dans leurs œuvres ; il faut reconnaître, du reste, qu'ici le Conseil d'État a comblé ces lacunes avec autant de sagacité que de sagesse, dans la mesure de ses pouvoirs, et que, s'il a dû parfois reculer devant son impuissance, il serait possible d'achever

[1] Un vieil auteur, cité par M. Saint-Marc Girardin dans son *Tableau de la littérature française au XVIe siècle* (édition de 1862, p. 126), dit aussi : « Les impôts, une fois établis à Paris, ne furent plus abolis ; car pareille « chose, une fois établie, ne se détruit plus, eût-on juré de le faire. »

Digitized by Google

législativement son ouvrage, sans toucher à l'existence de l'impôt. Si donc le législateur se décide à reprendre une fois cette matière, on peut être sûr que ce sera, comme il l'a fait en 1858, pour ajouter de nouveaux patentables à la liste du tableau G, et non pour retrancher ce tableau du tarif général des patentes.

Quant aux autres inconvénients que l'on redoutait de l'application de la patente aux officiers ministériels et à certaines professions libérales, il en est un que la pratique n'a pas jusqu'ici réalisé. Lors de la discussion de la loi de 1844, M. de Lafarelle l'avait indiqué dans les termes suivants :

« Des lois disciplinaires et autres défendent expressément « aux notaires et avoués de faire du commerce et de l'indus- « trie ; on leur défend de s'immiscer dans des transactions qui « sont en dehors de leur office, en un mot de faire de la spé- « culation, et cependant on parle de leur imposer une patente, « c'est-à-dire un impôt industriel et commercial. J'avoue que « cela me paraît une conséquence si peu logique du principe « posé, que je crains de la voir adopter, dans l'intérêt de la « morale publique, et que je croirais, si elle l'était, les officiers « ministériels presque en droit de dire : « Puisque nous payons « l'impôt commercial et industriel, celui qui marche avec « les périls et les bénéfices de la spéculation, pourquoi ne « spéculerions-nous pas? »

De même, plusieurs conseils de discipline de l'ordre des avocats avaient exprimé la crainte que l'impôt de la patente ne dénaturât le caractère et les traditions de la profession. Heureusement les faits n'ont pas justifié ces appréhensions : la puissance de l'organisation et de la discipline a neutralisé jusqu'à présent l'influence fâcheuse qu'aurait pu produire l'envahissement de la fiscalité.

Il est vrai qu'un autre résultat a été constaté dès la première année qui a suivi la loi du 18 mai 1850 : le nombre des avocats inscrits au tableau des Cours et tribunaux, qui était de 4,927 en 1850, a été réduit à 4,479 en 1851. Évidemment beaucoup d'avocats qui ne tenaient à la profession que par et pour le titre, n'ont pas cru pouvoir le conserver dès qu'il n'était plus simplement improductif et qu'il devenait onéreux.

Quoi qu'il en soit, l'impôt existe, et, je le répète, rien ne

Digitized by Google

permet d'en espérer la suppression [1]. Il y a donc intérêt, ce me semble, à coordonner la jurisprudence établie en cette matière par le Conseil d'État depuis 1851, et tel est l'objet du travail que l'on va lire. Ce travail se divise naturellement en deux parties : l'une exposera les règles communes à toutes ou à presque toutes les professions du tableau G; l'autre comprendra les règles spéciales à quelques-unes de ces professions.

E. REVERCHON.

(*La suite prochainement.*)

[1] En Belgique, en Hollande, en Prusse, en Autriche, etc., les médecins et les avocats ne sont pas soumis à la patente (M. de Parieu, *Traité des impôts*, 2e édition, t. I, p. 357-358 et 457). Mais, dans quelques-uns de ces pays, ces professions sont passibles, soit de l'impôt sur le revenu, soit d'une taxe analogue (M. de Parieu, *loc. cit.*, p. 453 et 457). On y a reconnu, comme le disait la section de législation du Conseil d'État dans l'avis de 1849 ci-dessus cité, et comme l'avait déjà établi M. Vitet dans son rapport de 1844, que les professions dont il s'agit doivent assurément contribuer aux charges publiques, mais que, par la force même des choses, la patente est incompatible avec leur nature spéciale.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL ET COMMERCIAL.

Pages.

De la responsabilité des souscripteurs et de leurs cessionnaires dans les sociétés par actions, par *M. Ch. Beudant*. 18
De l'influence de l'abolition de la contrainte par corps sur la législation commerciale, par *M. E. Garsonnet*. 39, 169, 336
Recherche sur l'origine de la règle : donner et retenir ne vaut, par *M. Albert Desjardins*. 207, 311
Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. Bruneau*. 289
Étude sur la caducité du legs d'usufruit, par *M. Vaugeois*. 355
Examen doctrinal de jurisprudence civile, par *M. Thézard*. 385
Étude sur la caducité du legs d'usufruit, par *M. A. Vaugeois*. 402
Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. Flandin*. 481

PHILOSOPHIE DU DROIT.

Droit de punition et droit de défense, par *M. Chrétien*. 113
De l'avenir du droit en France, par *M. Thiercelin*, ... 275

LÉGISLATION.

Loi du 24 juillet 1867 sur les conseils municipaux, par *M. Serrigny*. 71
Extrait de l'enquête sur la législation relative au taux de l'intérêt de l'argent, déposition orale de *M. Pellat*. 96
La surveillance de la haute police de l'État, par *M. A. Frémont*. . . 440
Enquête agricole. — De la nécessité de rattacher à l'inscription cadastrale la preuve de la propriété foncière, par *M. Trémoulet*. . . . 513

DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal de la jurisprudence, par *M. Collet*. 1
Révision du Code pénal en Belgique, par *M. Thézard*. 243

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Des enfants assistés, par *M. Ch. Yves*. 53
De la patente des professions libérales, par *M. Reverchon*. 546

Digitized by Google

DROIT INTERNATIONAL.

Pages.

Examen doctrinal. Question de nationalité, réquisitoire de *M. Levieil de la Marsonnière*. 145

BIBLIOGRAPHIE.

Thèses de *M. Legrand;* compte rendu par *M. Albert Desjardins*. . . . 137

Plaidoyers de Philippe Dupin, publiés par son fils, *Eugène Dupin*, compte rendu par *M. G. Debacq*. 471

NÉCROLOGIE.

Discours prononcé aux funérailles de M. Abel Pervinquière, par *M. Bourbeau*. 477

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
BRUNEAU	Examen doctrinal	289
BEUDANT	Responsabilité des souscripteurs et de leurs cessionnaires	18
BOURBEAU	Discours prononcé aux funérailles de M. *Abel Pervinquière*	477
CHRÉTIEN	Droit de punir et droit de défense	113
COLLET	Examen doctrinal	1
DEBACQ	Playdoyers de Philippe Dupin, publiés par son fils, *Eugène Dupin*	474
DE RESBECQ	Examen doctrinal. Question de nationalité, par *M. Levieil de la Marsonnière*	145
DESJARDINS	Thèses de *M. Legrand*	137
—	Recherche sur l'origine de la règle : donner et retenir ne vaut	207, 311
FLANDIN	Examen doctrinal	481
FRÉMONT	La surveillance de la haute police de l'État	440
GARSONNET	Abolition de la contrainte par corps	39, 169, 336
PELLAT	Enquête sur le taux de l'intérêt	97
REVERCHON	Patente des professions libérales	546
SERRIGNY	Loi du 24 juillet 1867 sur les conseils municipaux	71
THÉZARD	Révision du Code pénal belge	243
—	Examen doctrinal	385
THIERCELIN	L'avenir du droit en France	275
TRÉMOULET	Enquête agricole	513
VAUGEOIS	Caducité du legs d'usufruit	355, 402
YVES	Enfants assistés	53

Paris. — Imprimerie de CUSSET et Cᵉ, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

OUVRAGES ÉLÉMENTAIRES

DE PROFESSEURS DES FACULTÉS DE DROIT.

MM. BOITARD ET FAUSTIN-HÉLIE

LEÇONS SUR LES CODES PÉNAL ET D'INSTRUCTION CRIMINELLE, contenant le Commentaire complet de ces Codes. 9e édition, 1867. 1 vol. in-8. . . . . 9 fr.

MM. BOITARD ET COLMET-DAAGE

LEÇONS DE PROCÉDURE CIVILE. 10e édition, 1868. 2 vol. in-8. 17 fr.

M. BRAVARD-VEYRIÈRES

MANUEL DE DROIT COMMERCIAL. 6e édition, 1861. 1 vol. in-8. 9 fr.

EXPLICATION analytique et synthétique des lois nouvelles SUR LES COMMANDITES par actions, l'arbitrage forcé et les concordats par abandon. 1857. 1 vol. in-8. . . . . 3 fr.

M. BRAVARD-VEYRIÈRES

DE L'ÉTUDE ET DE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ROMAIN. 1837. 1 vol. in-8. . . . . 4 fr. 50

M. BUFNOIR

THÉORIE DE LA CONDITION dans les divers actes juridiques suivant le droit romain. 1866. 1 vol. in-8. 7 fr.

M. ESCHBACH

INTRODUCTION GÉNÉRALE A L'ÉTUDE DU DROIT. 3e édition, 1856. 1 vol. in-8. . . . . 9 fr.

M. LAFERRIÈRE

COURS DU DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF, suivi d'un appendice contenant le Programme d'examen du Droit administratif. 5e édit., 1860. 2 vol. in-8. . . . . 18 fr.

EXPLICATION ÉLÉMENTAIRE

DU

CODE NAPOLÉON

Mise en rapport avec la Doctrine et la Jurisprudence

PAR DELSOL

Docteur en droit, Avocat à la Cour impériale de Paris et du Ministère de l'Instruction publique.

DEUXIÈME ÉDITION

Revue, corrigée et considérablement augmentée

3 volumes in-8°. — Prix : 27 francs.

L'auteur de l'**Explication élémentaire du Code Napoléon** n'a pas cru pouvoir mieux faire que de puiser dans l'enseignement public du droit les doctrines qui y sont le plus généralement adoptées. Élève de la Faculté de droit de Paris, il s'est assimilé les leçons des maîtres les plus illustres, et, après les avoir habilement coordonnées, il en reproduit la substance dans ce livre. Les théories aventureuses et les solutions équivoques ont donc été soigneusement écartées. En un mot, l'*Explication élémentaire du Code Napoléon* est, si l'on peut ainsi parler, un OUVRAGE CLASSIQUE. *MM. les Étudiants y trouveront un écho fidèle du cours qu'ils auront suivi et la discussion complète de toutes les questions qui les attendent aux examens.*

Paris. — Imprimerie de CUSSET et Ce, 26, rue Racine.

Google

Digitized by Google

Digitized by Google